Deutscher Bundestag **Drucksache 19/12300**

19. Wahlperiode 06.08.2019

Unterrichtung

durch die Bundesregierung

7. Sektorgutachten Bahn der Monopolkommission gemäß § 78 Absatz 1 des Eisenbahnregulierungsgesetzes

Mehr Qualität und Wettbewerb auf die Schiene

Zugeleitet mit Schreiben des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur vom 2. August 2019 gemäß § 78 Absatz 2 des Eisenbahnregulierungsgesetzes.

Inhaltsverzeichnis

Abbildungsverzeichnis

Vorwort

Nach § 78 Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) hat die Monopolkommission den Auftrag, alle zwei Jahre ein Gutachten zum Wettbewerb im Eisenbahnverkehr zu erstellen. In diesem Gutachten beurteilt die Monopolkommission den Stand und die absehbare Entwicklung des Wettbewerbs und die Frage, ob ein wirksamer Wettbewerb in den Eisenbahnmärkten besteht. Darüber hinaus wird die Anwendung der Vorschriften des Eisenbahnrechts gewürdigt und zu sonstigen aktuellen wettbewerbspolitischen Fragen im Zusammenhang mit dem Betrieb von Eisenbahnen Stellung genommen.

Das vorliegende Sektorgutachten ist die siebte Stellungnahme der Monopolkommission entsprechend ihrem Auftrag. Der Auftrag der Monopolkommission ist seit Inkrafttreten des ERegG am 2. September 2016 unter § 78 in diesem vorgegeben. In der vorliegenden Stellungnahme befasst sich die Monopolkommission mit Anreizmechanismen zur Steigerung der Qualität, welche insbesondere den als natürliches Monopol agierenden Infrastrukturbetreiber betreffen und um Möglichkeiten, den Wettbewerb auf den Schienenverkehrsmärkten zu steigern und fair auszugestalten.

Zur Vorbereitung dieses Gutachtens hat die Monopolkommission in einer Anhörung am 17. Mai 2019 mit Marktteilnehmern, Aufgabenträgern und Verbänden über die Wettbewerbsentwicklung auf den Schienenverkehrsmärkten diskutiert. Folgende Teilnehmer waren in der Diskussionsrunde vertreten:

- Bundesarbeitsgemeinschaft SPNV e. V.
- Deutsche Bahn AG
- Flixtrain GmbH
- Initiative Deutschland-Takt
- Mofair e. V.
- Netzwerk Europäischer Eisenbahnen e. V.
- Tarifverband der Bundeseigenen und Nichtbundeseigenen Eisenbahnen in Deutschland

Die Anhörungsteilnehmer haben ihre mündlichen Beiträge durch schriftliche Stellungnahmen ergänzt. Darüber hinaus haben weitere Marktteilnehmer sowie das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur schriftlich Stellungnahmen eingereicht.

Der Vizepräsident der Bundesnetzagentur Dr. Wilhelm Eschweiler, der Leiter der Abteilung Eisenbahnregulierung Herr Prof. Dr. Karsten Otte und weitere Mitarbeiter der Behörde haben mit der Monopolkommission am 10. April 2019 Fragen zur Wettbewerbsentwicklung auf den Märkten für Eisenbahnverkehrsdienstleistungen und insbesondere Fragen zur Anwendung des Eisenbahnregulierungsgesetzes durch die Bundesnetzagentur und die Gerichte erörtert.

Zudem haben am 10. April 2019 Frau Silke Hossenfelder und weitere Mitarbeiter des Bundeskartellamtes mit der Monopolkommission Fragen zur Anwendung des allgemeinen Wettbewerbsrechts im Eisenbahnsektor diskutiert.

Darüber hinaus gab es vielfältige Kontakte zwischen den Mitgliedern sowie Mitarbeitern der Monopolkommission und Mitarbeitern der Bundesnetzagentur, des Bundeskartellamtes, des Bundesministeriums für Verkehr und digitale Infrastruktur sowie Mitarbeitern der Unternehmen und Verbände. Die Monopolkommission bedankt sich bei allen Beteiligten für ihre Mitwirkung.

Die Monopolkommission bedankt sich bei ihren wissenschaftlichen Mitarbeitern Frau Dr. Katja Greer und Herrn Dr. Tim Thomes, welche die Stellungnahme der Monopolkommission federführend betreut haben sowie bei Frau Lorela Ceni, Frau Maria Geilmann und Herrn Dr. Thomas Weck, die bei der Abfassung mitgewirkt haben.

Bonn, im Juli 2019

Achim Wambach

Dagmar Kollmann

Jürgen Kühling

Thomas Nöcker

Angelika Westerwelle

Kurzfassung

K1. In dem vorliegenden Sektorgutachten analysiert die Monopolkommission die Wettbewerbsentwicklung im Schienenverkehrsmarkt. Zwar nimmt die Deutsche Bahn-Gruppe sowohl im Schienengüterverkehr, Schienenpersonennahverkehr und Schienenpersonenfernverkehr weiterhin eine dominante Position ein, doch sieht die Monopolkommission Fortschritte in der Wettbewerbsentwicklung. Im Güter- und Nahverkehr verzeichnen die Marktanteile der Wettbewerber kontinuierliche Anstiege. Lediglich im Fernverkehr liegt der Wettbewerberanteil weiterhin bei unter einem Prozent, wenngleich jüngste Markteintritte Bewegung in diesen Markt bringen. Die regulatorische Umsetzung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) sowie Entwicklungen auf den Tarif- und Vertriebsmärkten haben bei kontinuierlicher Weiterentwicklung das Potenzial, die Weichen in Richtung einer wettbewerblichen Entwicklung des Schienenverkehrsmarktes zu stellen. Einhergehend mit regulatorischen Anpassungen setzt die empfohlene wettbewerblichere Ausgestaltung des Systems auch die richtigen Anreize für mehr Qualität.

Vertikale Trennung umsetzen

K2. Im Schienenverkehrsmarkt stellt die Eisenbahninfrastruktur für die Eisenbahnverkehrsunternehmen ein notwendiges Vorleistungsprodukt dar. Es bestehen Anreize und Möglichkeiten für den vertikal integrierten Infrastrukturbetreiber der DB-Gruppe, Wettbewerber auf den nachgelagerten Transportmärkten zu benachteiligen. Auch wenn diese Möglichkeiten durch die Regulierung eingeschränkt werden, ist davon auszugehen, dass sich insbesondere nicht-preisliche Diskriminierungspotenziale nicht vollständig erfassen lassen. Aus diesem Grund befürwortet die Monopolkommission weiterhin die eigentumsrechtliche, vertikale Trennung zwischen den Infrastruktur- und Transportsparten der DB-Gruppe.

K3. Die DB-Gruppe befindet sich in hundertprozentiger Eigentümerschaft des Bundes. Dadurch tritt der Bund über die verschiedenen Geschäftseinheiten der DB-Gruppe in unternehmerischer Weise auf in- sowie ausländischen Wettbewerbsmärkten in Erscheinung. Vor allem eine ordnungspolitische Rechtfertigung gibt es dafür nicht. Auf funktionierenden Wettbewerbsmärkten sollten ausschließlich privatwirtschaftliche Unternehmen aktiv sein, da so Effizienzpotenziale optimal ausgeschöpft werden können. Die Monopolkommission empfiehlt daher, das Eigentum des Bundes an der DB-Gruppe ausschließlich auf die regulierten Unternehmensteile zu beschränken.

K4. Wenn der Bund an der integrierten Konzernstruktur der DB-Gruppe festhält, erscheint es geboten, Verstößen gegen die EU-Wettbewerbsregeln vorzubeugen, zu denen es dadurch kommen kann, dass die DB-Gruppe ihre staatliche Trägerschaft zum eigenen Vorteil im Wettbewerb ausnutzt. Die Monopolkommission begrüßt vor diesem Hintergrund den Vorschlag der Bundesregierung, eine eng am Wortlaut der Richtlinie 2016/2370 orientierte Umsetzungsvorschrift zur finanziellen Transparenz einzuführen. Darüber hinaus sollten alle geplanten Zuwendungen staatlicher Mittel an die DB-Gruppe in leicht wahrnehmbarer Form und zeitgerecht öffentlich zugänglich gemacht werden, damit ein effektiver Rechtsschutz für Dritte gewährleistet werden kann.

Anreizsysteme für Qualität auf dem Prüfstand

K5. Ohne eine ausreichende Qualität der Infrastruktur- und Verkehrsleistungen kann der Schienenverkehr aus Fahrgastsicht nicht attraktiver werden. Verantwortlich für die Qualität der Infrastruktur ist der Infrastrukturbetreiber. Bei den bestehenden Anreizmechanismen zur Qualitätssteigerung, wie die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung, sowie bei den geplanten Mechanismen, wie die leistungsabhängigen Entgeltbestandteile, bestehen Potenziale zur Verbesserung ihrer Anreizwirkung.

K6. Gemäß § 8 des Gesetzes über den Ausbau der Schienenwege des Bundes (BSWAG) finanziert der Bund Ersatzinvestitionen in die Schieneninfrastruktur, während die Finanzierung von Instandhaltungsmaßnahmen den Infrastrukturbetreibern obliegt. In der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II (LuFV II) gewährt der Bund die Mittel für Ersatzinvestitionen als nicht rückzahlbare Zuschüsse. Diese werden den Infrastrukturbetreibern zur eigenverantwortlichen Verwendung überlassen. Ein qualitätsorientierter Einsatz der Finanzmittel soll dabei über das Setzen von sanktionsbewehrten Zielvorgaben hinsichtlich vordefinierter Infrastrukturkennzahlen sichergestellt werden. Das geschieht bisher nur unzureichend. Im Hinblick auf die Nachfolgevereinbarung der LuFV II ist zu empfehlen, diese um konkretere Zielvorgaben zum Infrastrukturzustand sowie um Effizienzmaßgaben zu erweitern.

K7. Da der Bund die Ersatzinvestitionen in Form nicht rückzahlbarer Zuschüsse finanziert, kann für die Infrastrukturbetreiber der Anreiz bestehen, die Instandhaltung der Infrastruktur zu vernachlässigen, um später fällig werdende Erneuerungen aus den Bundesmitteln zu finanzieren. Die Monopolkommission empfiehlt, diesem Fehlanreiz über eine gleichmäßigere Aufteilung bei der Finanzierungsteilung zwischen Bund und Infrastrukturunternehmen vorzubeugen. Gegebenenfalls sollten Bundesmittel als zinslose Darlehen an Stelle von nicht rückzahlbaren Zuschüssen gewährt werden.

K8. Die Pünktlichkeit ließe sich verbessern, wenn derjenige, welcher eine Verspätung verursacht, für diese in einem für ihn spürbaren Umfang Schadenersatz leisten müsste. Für Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPNV bestehen bereits weitreichende Anreizmechanismen in den Verkehrsverträgen mit Aufgabenträgern. Auch in Beförderungsverträgen im SGV werden Anreize für einen relativ pünktlichen Transport vereinbart. Des Weiteren bestehen im Schienenpersonenverkehr Fahrgastrechte, welche unter anderem Fahrpreiserstattungen im Fall von großen Verspätungen vorsehen. Auch auf diesem Weg werden Eisenbahnverkehrsunternehmen Anreize zu einer Erbringung der Verkehrsleistungen entsprechend des Fahrplans gesetzt. Da jedoch insbesondere die Fahrgastrechte und zu einem Teil auch die Anreizmechanismen in den Verkehrsverträgen nicht zwischen Verspätungsursachen unterscheiden, müssen die Eisenbahnverkehrsunternehmen auch für die streng genommen vom Infrastrukturbetreiber zu verantwortenden Schäden gegenüber den Aufgabenträgern und Kunden aufkommen.

K9. Der Infrastrukturbetreiber, welcher für ungefähr ein Drittel aller Verspätungen verantwortlich ist, hat aber nur geringe Anreize, die erwünschte pünktliche Bereitstellung der Infrastruktur zu gewährleisten oder zu verbessern. Daher ist zu empfehlen, die gemäß § 39 ERegG verpflichtend einzuführenden leistungsabhängigen Entgeltbestandteile möglichst zeitnah umzusetzen. Auf diese Weise könnte ein besserer Ausgleich zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Infrastrukturunternehmen gewährleistet werden. Die Bundesnetzagentur hat das von der DB Netz AG vorgeschlagene Anreizsystem zur Implementierung der leistungsabhängigen Entgeltbestandteile gemäß § 39 ERegG in den Schienennetz-Benutzungsbedingungen abgelehnt, unter anderem weil die Eckwerte der leistungsabhängigen Bestandteile mit den Marktakteuren nicht vereinbart worden waren. Da eine solche Einigung sehr schwer zu realisieren ist, sollten entsprechende Entgeltbestandteile nach Auffassung der Monopolkommission durch die Bundesnetzagentur dem Markt vorgegeben werden.

K10. Die Monopolkommission erachtet eine bessere Abstimmung der bestehenden Anreizmechanismen als wünschenswert. Hierdurch könnte die Anreizwirkung für eine höhere Pünktlichkeit verbessert werden. In diesem Zusammenhang ist es ratsam, zusätzlich zu den sehr allgemein und pauschal gehaltenen Fahrgastrechten eine Versicherungslösung einzuführen, welche gegen einen Aufpreis zum Fahrschein eine höhere Rückzahlung im Fall von Verspätungen vorsieht. Auch hierdurch könnte eine bessere Zuordnung der Schäden auf die jeweiligen Verursacher und höhere Zahlungen an die Geschädigten erzielt werden. Für eine entsprechende Umsetzung und insbesondere Zuordnung der Verspätungsminuten zu den jeweiligen Verursachern, empfiehlt die Monopolkommission die Erstellung einer umfänglicheren Statistik im Vergleich zu den bisher veröffentlichten Informationen der DB AG.

Weiterer Handlungsbedarf bei der Anreizsetzung in der Entgeltregulierung

K11. Zu Beginn der ersten Regulierungsperiode ab dem Jahr 2019 wurden die Vorgaben des ERegG zur Anreizsetzung in der Entgeltregulierung umgesetzt. Die Anwendung erfolgte anhand einer anreizbasierten Preisobergrenzenregulierung in Verbindung mit einer tragfähigkeitsbasierten Entgeltermittlung nach der Ramsey-Boiteux-Logik. Nach Auffassung der Monopolkommission folgt die Umsetzung zwar einer aus ökonomischer Sicht wünschenswerten (effizienten) Vorgehensweise, jedoch werden die anvisierten Ziele durch einzelne regulatorische Aspekte unterminiert. Zum Beispiel wurde hinsichtlich der Berechnung des Fortschreibungspfades der Preisobergrenze gesetzlich verankert, dass die Produktivitätsentwicklung im Eisenbahnsektor derjenigen der übrigen Sektoren der Gesamtwirtschaft zu entsprechen hat. Würden sektorspezifische Kostensenkungspotenziale die gesamtwirtschaftliche Produktivitätssteigerung übersteigen, würden die Anreize zur Kostensenkung falsch gesetzt und Zugangsentgelte wären zu hoch bemessen.

K12. Im Rahmen der Preisobergrenzenregulierung darf die DB Netz AG eine Kapitalrendite geltend machen. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass der zugrundeliegende, kalkulatorisch ermittelte Kapitalzins nicht auf das tatsächliche Risiko der DB Netz AG abstellt und es zu einer Überschätzung der Kapitalkosten kommt. Zwar ist eine kapitalmarktorientierte Ermittlung des Kapitalzinses auch im Fall der DB Netz AG prinzipiell zu befürworten, allerdings sollte dabei

ihre Sonderstellung als bundeseigenes Unternehmen stärkere Berücksichtigung finden. Darüber hinaus empfiehlt die Monopolkommission, dass der Berechnung des Kapitalzinses anstatt der tatsächlichen eine wettbewerbsadäquate Kapitalstruktur zugrunde gelegt wird. Andernfalls könnten über eine Ausweitung der Eigenkapitalquote Kapitalkosten oberhalb eines wettbewerbsadäquaten Niveaus geltend gemacht werden. Daher sollte eine Vereinheitlichung der gesetzlichen Vorgaben des ERegG mit denen des Energiesektors angestrebt werden, die eine Eigenkapitalquote von maximal 40 Prozent als wettbewerbsadäquat erachten.

K13. Im Jahr 2018 wurde die LuFV II auf Grundlage von § 29 Abs. 5 ERegG durch die Bundesnetzagentur als qualifizierte Regulierungsvereinbarung anerkannt. Damit werden alle in der LuFV II festgesetzten und von der DB Netz AG zu finanzierenden Kosten von der Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung ausgenommen. Diese Kostenpositionen machen in etwa ein Viertel des zur Zugangsentgeltbemessung maßgeblichen Ausgangsniveaus der Gesamtkosten aus. In Folge dessen stieg die zulässige Preisobergrenze im Netzfahrplanjahr 2020 um EUR 22 Mio. an. Die Monopolkommission erachtet es insbesondere als problematisch, dass die der Entgeltbemessung zugrundeliegenden Kosten mit der LuFV als Qualitätsregulierung und der Anreizsetzung zur Kostensenkung in der Entgeltregulierung zwei Regulierungsregimen mit grundsätzlich unterschiedlichen Anreizwirkungen unterliegen. Zur Erreichung einer verbesserten Abstimmung sowie der Sicherung wettbewerbsadäquater Zugangsentgelte, regt die Monopolkommission an, alle in die Entgeltbemessung eingehenden Kosten, die Gegenstand der LuFV sind, an den Kosten der effizienten Leistungserbringung (KeL-Maßstab) auszurichten. Zwar würde die LuFV dann immer noch mit der Entgeltregulierung interferieren, jedoch wären die Wirkungen beider Regulierungsregime im Hinblick auf eine kosteneffiziente Leistungserbringung abgestimmt.

K14. Die Zuordnung der Gesamtkosten auf die einzelnen Verkehrssegmente des Eisenbahnverkehrsmarktes erfolgt auf Grundlage des Ramsey-Boiteux-Verfahrens anhand von Preiselastizitäten der Endkundennachfrage. Jedoch wären dabei für den SPNV überproportionale Belastungen zu befürchten gewesen, da Leistungen im SPNV von den Aufgabenträgern bestellt und über Regionalisierungsmittel finanziert werden. Dem beugte der Gesetzgeber vor, indem die Entgelte des SPNV an die Fortschreibung der Regionalisierungsmittel gekoppelt wurden. Daraus resultieren zwei Probleme. Zum einen konterkariert die so entstehende Kostenfiktion im SPNV eine segmentübergreifende Anwendung der Ramsey-Boiteux-Logik. Zum anderen erführe bei starken Kostensteigerungen insbesondere der eigenwirtschaftliche SPFV überproportionale Entgeltsteigerungen. Die Monopolkommission empfiehlt daher, die Entgelte des SPNV zumindest im Fall stärkerer Kostenschwankungen zu flexibilisieren und an die Reaktion der Entgelte in den eigenwirtschaftlichen Verkehrssegmenten zu koppeln.

K15. Die bestehende Regulierung schließt Wettbewerbsbehinderungen auf Ebene der Eisenbahnverkehrsunternehmen durch überhöhte Infrastrukturentgelte nicht aus. Das ist zumindest dann der Fall, wenn die DB-Gruppe die wirtschaftlichen Vorteile, die sie im Rahmen der Anreizsetzung zur Kostensenkung gewinnt (Möglichkeit, in der jeweiligen Regulierungsperiode Gewinne zu realisieren) gegenüber den Vorteilen, die sie durch eine Überhöhung der Trassenentgelte erzielen kann (dauerhafter Ausschluss von Wettbewerbern im Fernverkehr), geringer gewichtet. Zugleich ist der Schutz konkurrierender Eisenbahnverkehrsunternehmen über eine zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle von Infrastrukturentgelten durch EU-Vorgaben stark eingeschränkt. Zwar kann eine konsequente Umsetzung der regulierungsrechtlichen Empfehlungen dieses Gutachtens das Risiko wettbewerbswidriger Verhaltensweisen der DB-Gruppe vermindern. Dennoch sollte eine flankierende sektorspezifische Missbrauchsaufsicht eingeführt werden, wie sie in den anderen Netzsektoren üblich ist. Diese sollte um neue Bußgeldtatbestände zur Ahndung einer Nichterfüllung der §§ 18 ff., 63 ff. ERegG ergänzt werden.

K16. Die Entscheidungen der Bundesnetzagentur über Trassenentgelte werden von der DB-Gruppe häufig angefochten. Dies führt zu erheblichen Unsicherheiten insbesondere bei den privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen, die Rückstellungen bilden müssen, um gegebenenfalls deutlich später erhöhte Trassenentgelte an die DB Netz AG zahlen zu können. Diese Belastungen sind gerade für kleine Wettbewerber mit vergleichsweise geringen Kapitalpolstern spürbar. Sie ließen sich durch eine Verkürzung des Instanzenzugs und dadurch vermindern, dass die Hauptsacheentscheidungen über die Trassenentgelte nach dem Vorbild von § 35 Abs. 5 Telekommunikationsgesetz (TKG) an die Bedingung vorherigen entsprechenden erfolgreichen Eilrechtsschutzes geknüpft werden.

Vollkostenansatz in der Entgeltbildung überdenken

K17. Prinzipiell hat sich der Wettbewerb im Schienenverkehrsmarkt positiv entwickelt. Lediglich im eigenwirtschaftlich zu erbringenden Fernverkehr liegt der Wettbewerberanteil bei unter einem Prozent. Als einen Grund hierfür erachtet die Monopolkommission ein relativ hohes Trassenentgeltniveau. Dem Fernverkehr wird eine hohe Tragfähigkeit unterstellt. Dadurch werden beispielsweise Hochgeschwindigkeitsverkehre in der gegenwärtigen, auf einem Vollkostenansatz basierenden Entgeltsystematik über die Trassenentgelte überproportional an der Finanzierung der Infrastruktur beteiligt. Trassenentgelte stellen im Fernverkehr eine nicht unerhebliche Kostenposition für die Eisenbahnverkehrsunternehmen dar. Dies gilt umso mehr für kleinere Neuanbieter. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass eine generelle Absenkung der Trassenentgelte auf ein Niveau der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs insbesondere im Fernverkehr Impulse für mehr Wettbewerb setzt. Zwar würden dann unmittelbar auch weniger Einnahmen zur Finanzierung der Infrastruktur generiert. Jedoch könnten diese mittelfristig über die zu erwartenden Mehrverkehre sowie selektive Preisaufschläge, beispielsweise für die Befahrung von Kapazitätsengpässen, zumindest teilweise kompensiert werden. Sofern dies nicht genügt, müsste die sich ergebende Differenz durch finanzielle Mittel des Bundes ausgeglichen werden.

Vergabe von Schienenwegkapazität wettbewerblich gestalten

K18. Aufgrund von Schwierigkeiten, die Maßgaben der Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 über Verfahren und Kriterien in Bezug auf Rahmenverträge umzusetzen, beschloss die DB Netz AG, ab dem Netzfahrplanjahr 2017 keine Rahmenverträge mehr anzubieten. Seitdem müssen Trassen jedes Jahr aufs Neue beantragt und zugeteilt werden. Dies geht für die Eisenbahnverkehrsunternehmen mit einer gestiegenen Planungsunsicherheit einher. Die Monopolkommission empfiehlt diesbezüglich, dass die DB Netz AG auch zukünftig wieder eine verbindliche Absicherung von Trassen über den Zeitraum eines Netzfahrplanjahres hinaus ermöglicht.

K19. Nach Ansicht der Monopolkommission sind die gesetzlichen Vorgaben zur Trassenvergabe durch die DB Netz AG wenig wettbewerbsfreundlich. Dies betrifft insbesondere den Zeitplan zur Trassenanmeldung und -vergabe sowie die Vorrangregeln bei Anmeldekonflikten. So liegen zwischen Bekanntgabe des Netzfahrplanentwurfs durch die DB Netz AG und dem Beginn des Netzfahrplanjahres lediglich vier Monate. Dies erschwert nicht nur die Planungssicherheit der Eisenbahnverkehrsunternehmen, sondern führt darüber hinaus dazu, dass sich Beschwerdeverfahren gegen die Vergabepraxis der DB Netz AG bis in das betroffene Netzfahrplanjahr hineinziehen. Zur Verbesserung der Planungssicherheit für die Eisenbahnverkehrsunternehmen sollte diesen, im Sinne der abgeschafften Rahmenverträge, die Möglichkeit eröffnet werden, Trassen für einen längeren Zeitraum als ein Netzfahrplanjahr verbindlich sichern zu können.

Zugang zu Zugmaterial verbessern

K20. Der diskriminierungsfreie und effektive Zugang zu Zugmaterial ist eine essenzielle Voraussetzung für die Schaffung von Wettbewerb im Fernverkehr. Die DB Fernverkehr AG hat im Hinblick auf den Erwerb und die Finanzierung von Zugmaterial Vorteile gegenüber ihren Wettbewerbern. Dies liegt zum einen an ihrer verhandlungsmächtigen Position gegenüber den Herstellern, zum anderen aber auch an ihrem geringen Zahlungsausfallrisiko, welches sich aus der Größe ihres bedienten Bestandsnetzes und der Eigentümerschaft des Bundes ergibt. Nach Auffassung der Monopolkommission kann Wettbewerb im Fernverkehr daher verbessert werden, wenn auch beim Zugang zu Zugmaterial ein „level playing field“ geschaffen wird. Hierzu böte sich eine Finanzierung von Zugmaterial über privatwirtschaftliche Leasing-Modelle ähnlich zu denen im Flugverkehrsmarkt an. Der Staat sollte jedoch nicht, wie im SPNV geschehen, durch die Bereitstellung öffentlich finanzierter Fahrzeugpools in das Marktgeschehen eingreifen.

Ordnungspolitische Gestaltung des Deutschland-Takts vorantreiben

K21. Die Planungen für einen Deutschland-Takt schreiten in ihrer technischen Konzeption voran. Im Mai 2019 wurde vom Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) ein zweiter Gutachterentwurf für den Zielfahrplan vorgestellt. Der Deutschland-Takt ist ein vordefinierter Fahrplan, der eine Vertaktung aller Schienenverkehrsarten beabsichtigt und an dessen Zielfahrplan sich die Infrastrukturplanung ausrichten soll. Dadurch soll ein leistungsfähigeres Schienenverkehrsangebot erreicht werden. Im Deutschland-Takt bestimmt der vordefinierte Fahrplan das Verkehrsangebot. Damit sind die technischen Planungen zum Deutschland-Takt mit dem gegenwärtigen ordnungspolitischen Marktmodell eines freien Trassenzugangs im SPFV und SGV nicht vereinbar. Die Einführung des Deutschland-Takts wür-

de daher eine ordnungspolitische Neuorientierung erforderlich machen. Aus diesem Grund vertritt die Monopolkommission die Meinung, dass ordnungspolitische Planungen zum Deutschland-Takt der technischen Konzeption nicht nachstehen sollten.

K22. Aus ordnungspolitischer Sicht ist insbesondere zu klären, wie im Deutschland-Takt die Vergabe der vordefinierten Trassen organisiert werden soll. Gegenwärtig wird oft ein Modell nach dem Vorbild des Schweizer Taktfahrplans gefordert, bei dem die Trassen auf Bundesebene in Form von Konzessionen vergeben werden. Die Monopolkommission ist der Auffassung, dass ein solches Modell insbesondere im SPFV mehr Wettbewerb ermöglichen kann. Dabei ist allerdings sicherzustellen, dass dies in einem transparenten und nichtdiskriminierenden Vergabewettbewerb passiert. Da sich Strecken hinsichtlich ihrer Rentabilität unterscheiden, sollten Streckenbündel bzw. Netze vergeben werden. Dadurch ließe sich ein eigenwirtschaftlicher Betrieb sichern und auch Neuanbietern würde so der Marktzutritt erleichtert. Jedoch ist zu beachten, dass mehrjährige Konzessionen den Eisenbahnverkehrsunternehmen erhebliche Marktmacht auf den von ihnen bedienten Strecken geben. Daher müssten den Eisenbahnverkehrsunternehmen im Hinblick auf Kosten und Qualität Anreize gesetzt werden um sicherzustellen, dass diese wie unter Wettbewerbsbedingungen operieren.

Tarif- und Vertriebskooperationen im Umbruch

K23. Neue Entwicklungen bei Tarif- und Vertriebskooperationen haben das Potenzial, eine faire, diskriminierungsfreie Wettbewerbssituation zu fördern. Die Monopolkommission bewertet diese grundsätzlich positiv. Dabei bleibt jedoch abzuwarten, ob die bestehenden Wettbewerbshindernisse bei der Tarifierung und im Vertrieb effektiv reduziert werden können.

K24. Wettbewerbspolitische Herausforderungen zeichnen sich aktuell vor allem im Online-Vertriebsmarkt ab. Hier besteht das Risiko, dass die DB-Gruppe mit den Vertriebsangeboten „bahn.de“ und DB Navigator ihre marktbeherrschende Stellung gegenüber Eisenbahnverkehrsunternehmen wie auch Dritten ausnutzen könnte. Dieses Risiko verdeutlicht sich beispielsweise daran, dass die DB AG nicht alle Fahrscheine der nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen über ihre Online-Vertriebsdienste anbietet und zudem nicht allen Wettbewerbern in gleichem Maße Zugang zu entsprechenden Informationen, beispielsweise zu dem Vertrieb von Fernverkehrsfahrscheinen der DB Fernverkehr AG, gewährt. Da insbesondere „bahn.de“ als *die* Informations- und Vertriebsplattform für Schienenverkehrsleistungen wahrgenommen wird, könnte es für nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen problematisch sein, wenn sie nicht auf den Plattformen der DB AG abgebildet werden. Auch könnte die fehlende Möglichkeit, Fernverkehrsfahrscheine der DB anzubieten, den Aufbau eigener Vertriebsplattformen erschweren. In jüngster Vergangenheit haben sich neue Schnittstellenlösungen gebildet, welche den Zugriff zu Informationen der DB und den Vertrieb von Fahrscheinen, auch Fernverkehrsfahrscheinen, ermöglichen sowie für den Aufbau eigener Vertriebsplattformen genutzt werden könnten. Auf diese Weise könnte sich in Zukunft ein verstärkter Wettbewerb bei Online-Vertriebsdiensten einstellen. Aus Sicht der Monopolkommission führt insbesondere diese Einschätzung zu der Bewertung, dass es sich bei den Online-Angeboten der DB AG nicht um eine wesentliche Einrichtung handelt. Damit bedarf es derzeit auch keiner regulatorischen Durchsetzung eines diskriminierungsfreien Zugangs zum Online-Vertrieb. Sollten allerdings zukünftig Vertriebsangebote von Wettbewerbern nicht in vergleichbarem Umfang zu „bahn.de“ und DB Navigator Informationen und Fahrscheine von Verkehrsleistungen abbilden können, ist der Online-Vertrieb erneut zu überprüfen.

K25. Risiken des Marktmachtmissbrauchs bestehen auch hinsichtlich des Vertriebs von Fahrscheinen der DB AG über Drittanbieter. In den Agenturverträgen, welche die DB AG mit Online-Vertriebsplattformen für multimodale Verkehrsangebote abschließt, können neben Provisionssätzen spezifische Regularien zur Darstellung der DB-Produkte festgelegt werden. Durch Restriktion der Möglichkeiten von Drittanbietern würde die DB AG ihre marktbeherrschende Stellung hinsichtlich des Online-Vertriebs festigen. Die Monopolkommission empfiehlt daher eine behördliche Überprüfung der Agenturverträge anhand §§ 19 ff. GWB und Art. 102 AEUV.

K26. Die Mitwirkungspflicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen an einer direkten Abfertigung und, zusätzlich für den SPV, die Pflicht zur Schaffung durchgehender Fahrscheine gemäß § 12 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) soll dazu führen, dass der Markt für Eisenbahnverkehrsleistungen unterschiedlicher Anbieter als ein gemeinsamer wettbewerblicher Eisenbahnmarkt wahrgenommen wird. Für den SPNV sieht § 12 Abs. 7 AEG eine kartellrechtliche Ausnahme vor, welche die Vereinbarung durchgehender Tarife erleichtern soll. Für den SPFV ist eine solche Ausnahme nicht vorgese-

hen, für die Einführung durchgehender Fahrscheine allerdings auch nicht zwingend erforderlich. Tarifkooperationen zwischen SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen sollten kartellrechtlich unbedenklich sein, jedoch hinsichtlich potenzieller Verstöße durch Nebenabsprachen der Beteiligten weiterhin der Prüfung durch das Bundeskartellamt unterliegen.

K27. Mit der Pflicht zu durchgehenden Fahrscheinen hat sich eine vielfältige Tariflandschaft gebildet, in welcher Verkehrsverbünde, aber inzwischen auch einige Bundesländer eigene Tarife anbieten. Darüber hinaus vereinbaren Eisenbahnverkehrsunternehmen über den Tarifverband der Bundeseigenen und Nichtbundeseigenen Eisenbahnen in Deutschland (TBNE) gemeinsame Beförderungsbedingungen und -preise, wobei die Vereinbarungen im TBNE stark zugunsten der DB AG ausgestaltet sind. Durch die im Markt diskutierte und vorangetriebene Weiterentwicklung des TBNE zu einer bundesweiten Entscheidungsplattform der SPNV-Unternehmen könnten potenzielle Wettbewerbsverzerrungen ausgeräumt werden. Dabei sollte innerhalb des neuen Verbundes der unternehmerische Gestaltungsspielraum für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen in gleichem Maße gestärkt werden. Zudem könnte der bundesweite Verbund Verzerrungen bei Vereinbarungen von SPNV- mit SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen zugunsten der DB-Gruppe vorbeugen. Außerdem sollte der neue Verbund auch die Einnahmenaufteilung bei gemeinsamen Fahrscheinen als neutraler Akteur und sofern möglich digital von der derzeitig der DB AG zugeordneten Stelle übernehmen.

K28. Im SPFV existieren bisher keine Tarifkooperationen, obwohl Eisenbahnverkehrsunternehmen auch dort der Mitwirkungspflicht unterliegen. Nach Auffassung der Monopolkommission kommen Eisenbahnverkehrsunternehmen ihrer Mitwirkungspflicht zwar bereits dann nach, wenn sie einen einheitlichen Tarif anstreben, dieser aber aus Gründen der Einnahmesituation eines an der Vereinbarung beteiligten Unternehmens nicht zustande kommt. Jedoch erscheint auch im SPFV die Vereinbarung eines gemeinsamen Tarifs prinzipiell möglich, da diese unter Berücksichtigung der eigenwirtschaftlichen Tätigkeit unproblematisch sein sollte. Deshalb empfiehlt die Monopolkommission eine verstärkte Überprüfung der Mitwirkungspflicht im SPFV durch das BMVI. Sofern die Unternehmen ihrer Pflicht nicht vollständig nachkommen, könnte regulatorisch nachjustiert werden, beispielsweise indem ein gemeinsamer Tarif bereits für die Trassenanmeldung vorausgesetzt wird.

Durch Informationen Markttransparenz schaffen

K29. Die Monopolkommission befürwortet die öffentliche Bereitstellung von Mobilitätsdaten. Mit der Weiterentwicklung der bestehenden Datenverfügbarkeit, welche sich bisher vor allem auf den Straßenverkehr beziehen, ist eine umfänglichere Einbeziehung und Verfügbarkeit von Daten zu Schienenverkehrsleistungen wie auch zu weiteren Verkehrsleistungen geplant. Hierdurch können neue Produkte geschaffen werden, welche im Idealfall alle Verkehrsmöglichkeiten berücksichtigen. Das Zusammenwirken der Unternehmen im Eisenbahnsektor hat nicht nur für den Schienenverkehrsmarkt positive Auswirkungen, sondern fördert gerade auch den intermodalen Wettbewerb.

K30. Derzeit werden im Schienenverkehrsmarkt bereits Informationen zu Soll-Fahrplanzeiten umfänglich zur Verfügung gestellt. Bei weiteren Informationen ist davon auszugehen, dass die vertikal integrierte DB-Gruppe über Vorteile gegenüber ihren Wettbewerbern im Eisenbahnbetrieb verfügt. Hierdurch könnten Wettbewerbern Hürden im Eisenbahnmarkt sowie auf damit verbundenen Märkten entstehen. Durch die Schaffung eines Datenzugangs für alle beteiligten Marktakteure könnte ein diskriminierungsfreier und fairer Wettbewerb gefördert werden. Fraglich ist allerdings, welche Informationen aus Gründen der Markttransparenz allen Akteuren zur Verfügung stehen sollten und welche auch von weiteren Akteuren für Wettbewerbszwecke erhoben werden können. Die Monopolkommission empfiehlt, dass eine neutrale Stelle, wie beispielsweise die Bundesnetzagentur, diese Kategorisierung vornimmt. Von besonderem Interesse sind dabei die Verfügbarkeit und die Bereitstellung von Echtzeitdaten. Diese werden den nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Dritten derzeit verwehrt. Dabei könnten sie zu einer Erhöhung des Wettbewerbs insbesondere bei Informationsplattformen und im Vertriebsmarkt führen.

Wettbewerbsrisiken aufgrund von Beihilfen des Bundes für die Deutsche Bahn-Gruppe reduzieren

K31. Kapitalerhöhungen, der Verzicht auf Dividenden des Bundes sowie medienwirksame Ankündigungen einer solchen staatlichen Unterstützung der DB-Gruppe unterliegen beihilferechtlichen Vorgaben. Der Bund sollte staatliche Mittel deshalb jeweils nur zweckgebunden unmittelbar an die Teile der DB-Gruppe leisten, bei denen sie nach Art. 106 Abs. 2 AEUV von einer beihilferechtlichen Kontrolle nachweisbar freigestellt ist. Die Dividendenpolitik des Bundes sollte stets

im Rahmen von Vorabkontakten mit der Europäischen Kommission abgestimmt werden. Auf medienwirksame Ankündigungen von nicht notifizierten Maßnahmen zugunsten der DB-Gruppe sollten Regierungsmitglieder im Zweifel verzichten, da wegen der impliziten Staatsgarantie zugunsten der DB-Gruppe nicht auszuschließen ist, dass solche Äußerungen faktisch bereits staatliche Mittel binden.

Kapitel 1

Stand und Entwicklung der Wettbewerbsbedingungen auf den Eisenbahnmärkten

1.1 Wettbewerbsentwicklung auf den Eisenbahnmärkten

1. Auch in den vergangenen zwei Jahren ist eine konstante Fortsetzung der bereits seit längerem zu beobachtenden Trends bei der Wettbewerbsentwicklung festzustellen. Demgemäß dominiert die DB AG weiterhin die Segmente Schienenpersonennahverkehr (SPNV), Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) sowie den Schienengüterverkehr (SGV). Dennoch gibt es erhebliche Unterschiede zwischen den drei Verkehrssegmenten. Während sich im SGV und SPNV der Wettbewerberanteil weiter positiv entwickelt hat, liegt dieser im SPFV nach wie vor bei unter einem Prozent.

1.1.1 Schienenpersonennahverkehr: Anteil der Wettbewerber steigend

2. Im SPNV ist eine weitere positive Entwicklung des Wettbewerbs zu verzeichnen. Abbildung 1.1 zeigt eine stetige Zunahme des Anteils der Wettbewerber der DB AG. Dennoch verfügt die DB Regio AG weiterhin über eine dominante Marktposition. Gemessen an den gefahrenen Zugkilometern (Zkm) lag ihr Marktanteil im Jahr 2016 bei 67,1 Prozent, gemessen in Personenkilometern (Pkm) sogar bei 74 Prozent.[1]

3. Dennoch kann auch in den kommenden Jahren mit einem weiteren Anstieg des von Wettbewerbern der DB AG erbrachten Anteils an der Verkehrsleistung im SPNV gerechnet werden, da sich in jüngster Zeit in wichtigen Vergabeverfahren Wettbewerber gegen die DB Regio AG durchsetzen konnten. Hierzu zählt beispielsweise die Linie RE 1, welche die Verbindung zwischen Brandenburg an der Havel, Potsdam, Berlin und Frankfurt (Oder) darstellt. Im Dezember 2022 löst die Ostdeutsche Eisenbahngesellschaft (ODEG) den derzeitigen Betreiber DB Regio AG auf der Relation ab.[2] Des Weiteren wird das Los 1 im Neckartal, welches die baden-württembergischen Ballungsgebiete Mannheim, Heidelberg, Stuttgart und Tübingen miteinander verbindet, ab Juni 2020 nicht mehr von der DB Regio AG, sondern von der Abellio GmbH betrieben.[3]

4. Insgesamt werden 23 Prozent der nicht von der DB AG erbrachten Verkehrsleistungen von privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen getragen, 29 Prozent von durch Länder und Kommunen kontrollierte Unternehmen sowie 48 Prozent von Tochterunternehmen ausländischer Staatsbahnen.[4]

---

[1] Der Umstand, dass der Marktanteil der DB AG gemessen in Pkm über dem gemessen in Zkm liegt, kann auf Unterschiede im Fahrgastaufkommen zurückgeführt werden. Demnach ist davon auszugehen, dass sich Wettbewerber der DB Regio AG bei Vergabeverfahren eher Streckenverbindungen sichern konnten, die ein vergleichsweise geringes Fahrgastaufkommen verzeichnen.

[2] Vgl. SPNV-Wettbewerb, https://www.wettbewerb.spnv-deutschland.de/, Abruf am 14.05.2019 und Hasselmann, J., Deutsche Bahn verliert wichtigste Linie RE1, Der Tagesspiegel, 15.01.2019.

[3] Vgl. ebenda.

[4] Vgl. BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahn 2018, Dezember 2018, S. 23.

Abbildung 1.1: Entwicklung des Wettbewerbs und der Verkehrsleistung im SPNV, 2007 bis 2016

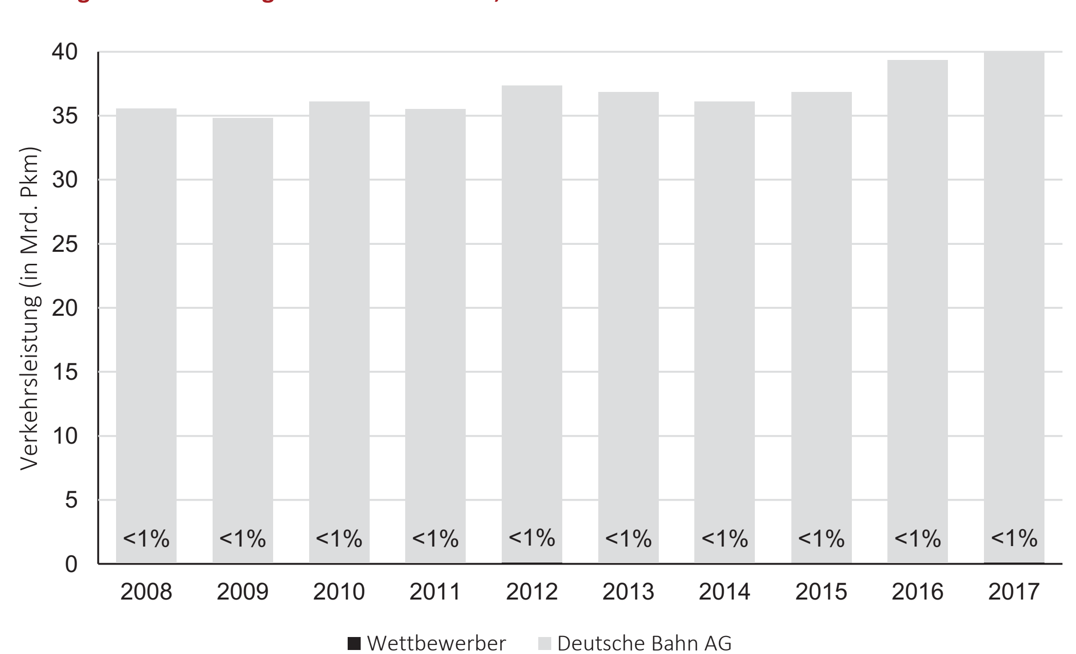
Zugleistung in Mio. Zkm
600
500
400
300
200
100
0
Wettbewerberanteil gemessen in Pkm (in %)
100
90
80
70
60
50
40
30
20
10
0
2007 2008 2009 2010 2011 2012 2013 2014 2015 2016
Zugleistung Wettbewerber (Mio. Zkm)
Zugleistung DB AG (Mio. Zkm)
Marktanteil Wettbewerber (Pkm)

Quelle: Statistisches Bundesamt, DB AG; eigene Darstellung.

1.1.2 Schienenpersonenfernverkehr: Weiterhin keine Wettbewerbssteigerung im SPFV

5. Im Schienenpersonenfernverkehr gibt es weiterhin kaum effektiven Wettbewerb. Wie Abb. 1.2 zeigt, liegt der Marktanteil der Wettbewerber der DB AG auch im Jahr 2017 signifikant unter einem Prozent. Die Verkehrsleistung ist in den vergangenen drei Jahren hingegen gestiegen. Im Jahr 2017 betrug die Verkehrsleistung 40,426 Milliarden Pkm, von denen insgesamt 40,33 Milliarden Pkm durch die DB Fernverkehr AG erbracht wurden.

Abbildung 1.2: Entwicklung des deutschen SPFV, 2008 bis 2017



Quelle: Statistisches Bundesamt, eigene Darstellung.

6. Seit dem Jahr 2018 ist mit dem Markteintritt eines neuen SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen etwas Bewegung in den Fernverkehrsmarkt gekommen. Das vor allem im Fernbusmarkt mit der Marke Flixbus vertretene Unternehmen Flixmobility GmbH bedient seit Frühjahr 2018 unter dem Namen Flixtrain Streckenverbindungen zwischen Köln und Hamburg sowie zwischen Stuttgart und Berlin.[5] Seit Juni 2019 wird zudem eine Streckenverbindung zwischen Köln und Berlin angeboten. Wie auch im Fernbusgeschäft operiert Flixmobility im SPFV als Vertriebs- und Marketingplattform und beauftragt den Vertrieb von Eisenbahnverkehrsunternehmen.

7. Zudem gibt es im SPFV grenzüberschreitende Verbindungen, die es erlauben, auch Teilstrecken innerhalb Deutschlands zu fahren. Exemplarisch hierfür ist die Verbindung von Paris über Köln nach Dortmund, die von Thalys angeboten wird. Weitere Verbindungen werden durch die Nachtzüge der ÖBB zwischen Hamburg und Zürich, bzw. Linz, sowie zwischen Düsseldorf und Linz oder auch Berlin und Zürich angeboten.[6] Darüber hinaus bestehen jedoch weder von privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen noch von ausländischen Staatsbahnen Fernverkehrsangebote, welche sich ausschließlich auf Verbindungen innerhalb Deutschlands beziehen.

1.1.3 Schienengüterverkehr: Stabile Wettbewerbssituation

8. Im Schienengüterverkehr hat sich die Entwicklung der vergangenen Jahre stabilisiert. Der Marktanteil der Wettbewerber ist auf 47 Prozent im Jahr 2017 angestiegen. Weiterhin steigt der Anteil der erbrachten Verkehrsleistung von privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen wie auch von Tochterunternehmen ausländischer Staatsbahnen. Der Wettbewerberanteil teilte sich im Jahr 2017 so auf, dass insgesamt 38 Prozent der nicht von der DB AG erbrachten Verkehrsleistung im SGV von ausländischen Staatsbahnen erbracht wurden. Weitere 44 Prozent wurden von privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen und 8 Prozent von den von Ländern und Kommunen kontrollierten Eisenbahnen erbracht.[7] Die gesamte Verkehrsleistung im SGV ist auf ca. 129 Milliarden Tonnenkilometern (Tkm) angestiegen. Dies entspricht einer Ausweitung um ca. zwei Prozent im Vergleich zu der Verkehrsleistung des Vorjahres, vgl. Abb. 1.3.[8]

---

5 Im Fall der Verbindung Köln-Hamburg übernahm Flixtrain das Geschäft des Hamburg-Köln-Express (HKX), der zuvor im Jahr 2017 den Betrieb eingestellt hatte. Die Verbindung Stuttgart-Berlin wurde zuvor von der Locomore GmbH & Co. KG betrieben, die 2017 Insolvenz anmeldete.

6 Vgl. Fahrangebote bspw. über www.bahn.de oder www.nightjet.de.

7 BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahn 2018, Dezember 2018, S. 22, f.

8 Ebenda, S. 17.

Abbildung 1.3: Entwicklung des deutschen SGV, 2008 bis 2017

Quelle: Bundesnetzagentur, eigene Darstellung.

Anmerkung: Im Vergleich zu den bisherigen Gutachten beruht die Grafik nicht auf den Wettbewerbskennzahlen der DB-Gruppe. Die Nutzung der Kennzahlen der Bundesnetzagentur beruht auf einer Revision der Zahlen zu der Vertriebsleistung im SGV für die Jahre 2014 bis 2017 des statistischen Bundesamtes, welche in dem aktuellen Bericht über die Wettbewerbskennzahlen der DB AG noch nicht erfasst sind.

9. Im Jahr 2018 trat im Rahmen der Richtlinie zur Förderung des SGV eine anteilige Bundesfinanzierung der genehmigten Trassenentgelte (af-TP) in Kraft.[9] So wurde vom Haushaltsausschuss des Bundestages bereits für das Haushaltsjahr 2018 eine anteilige Förderung der Trassenpreise in Höhe von EUR 175 Mio. bereitgestellt. Für die Folgejahre bis zum Jahr 2022 sind jeweils EUR 350 Mio. jährlich vorgesehen.[10] Dadurch werden die Trassenkosten für die Eisenbahnverkehrsunternehmen des SGV auf nahezu die Hälfte reduziert. Von dieser Absenkung kann vor allem ein positiver Effekt auf die erbrachte Verkehrsleistung des SGV erwartet werden, da die Trassenkosten, entsprechend der Angaben von Marktteilnehmern, nahezu die Hälfte der Gesamtausgaben ausmachten.

1.1.4 Entwicklung des Schienenverkehrs im intermodalen Vergleich nahezu konstant

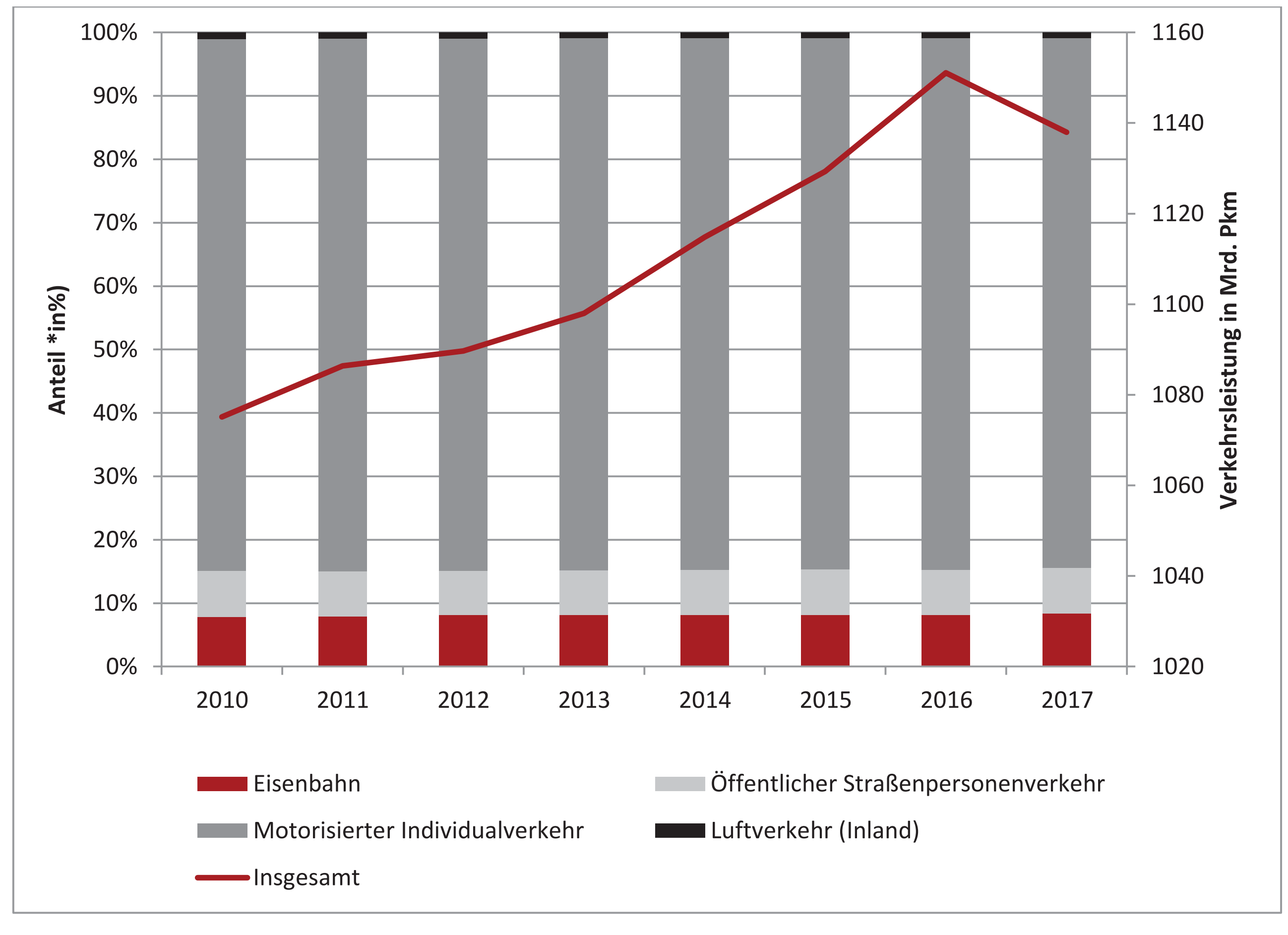
10. Verkehrsträgerübergreifend hat das Verkehrsaufkommen im Personenverkehr im Jahr 2016 im Vergleich zum Vorjahr absolut um rund 25 Mrd. Personenkilometer (Pkm) zugenommen, was einem Zuwachs von ca. 2 Prozent entspricht. Dieser teilt sich relativ gleichmäßig auf die einzelnen Verkehrsarten auf, sodass in den vergangenen Jahren keine bedeutende Änderung der Anteile der Verkehrsträger am gesamten Verkehrsaufkommen eingetreten ist, vgl. Abbildung 1.4.

---

9 Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Bekanntmachung Richtlinie zur Förderung des Schienengüterverkehrs über eine anteilige Finanzierung der genehmigten Trassenentgelte (af-TP), Bundesanzeiger, BAnz AT 12. Dezember 2018 B8. Im Rahmen des sogenannten Masterplan Schienengüterverkehr wurden Trassenpreissenkungen für den Schienengüterverkehr aus Umweltaspekten initiiert; Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Masterplan Schienengüterverkehr, Berlin, 2018.

10 Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Bericht des Haushaltsausschusses (8. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksachen 19/1700, 19/1701 – Drucksache 19/2426 02.07.2018. Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2018 (Haushaltsgesetz 2018), BT-Drs. 19/1700 vom 4. Mai 2018.

Abbildung 1.4: Entwicklung der Verkehrsleistung und -verteilung im Personenverkehr von 2010 bis 2017



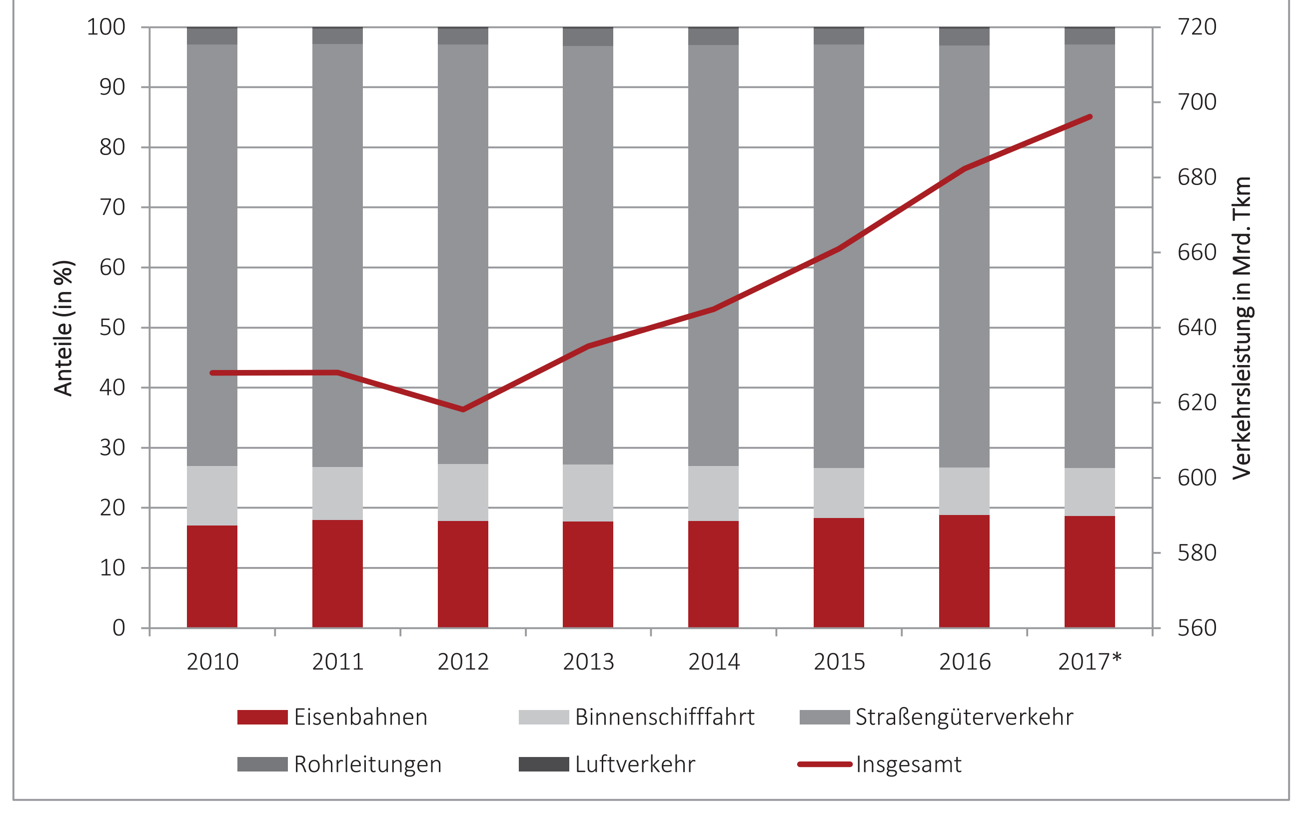
Quelle: Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Verkehr in Zahlen 2018/2019; eigene Darstellung.
Anmerkung: Abgebildet sind die Anteile der Verkehrsträger an der Verkehrsleistung im Personenverkehr innerhalb Deutschlands sowie die Verkehrsleistung gesamt im deutschen Personenverkehr in Mrd. Personenkilometern (zurückgelegte Kilometer multipliziert mit der Anzahl der Reisenden). Die Daten für 2016 sind teils vorläufige Werte.

11. Im Güterverkehr hat sich die Verkehrsleistung, welche für 2017 auf 696,2 Mrd. Tkm geschätzt wird, um ca. 14 Mrd. Tkm im Vergleich zum Vorjahr erhöht. Diese zusätzliche Leistung wurde vor allem vom Straßen- und Schienengüterverkehr geleistet.[11] Somit blieb der Anteil der erbrachten Verkehrsleistung der Eisenbahnen im Güterverkehr nahezu konstant, vgl. Abbildung 1.5.

---

[11] Zu berücksichtigen ist, dass durch eine Revision der Berichtszahlen zum Einbahnbereich die Verkehrsleistungen zwischen 2014 und 2016 in Verkehr in Zahlen angepasst wurden. Vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Verkehr in Zahlen 2018/2019, 2018, S.238.

Abbildung 1.5: Entwicklung der Verkehrsleistung im Güterverkehr von 2010 bis 2017



Anmerkung: Abgebildet sind die Anteile der Verkehrsträger an der Verkehrsleistung im Güterverkehr sowie die Verkehrsleistung gesamt in Mrd. Tonnenkilometern (zurückgelegte Kilometer multipliziert mit der beförderten Gütermenge in Tonnen).
Quelle: Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Verkehr in Zahlen 2017/18; eigene Darstellung.

12. Folglich stellten sich im intermodalen Vergleich weder im Personen- noch im Güterverkehr signifikante Änderungen an den Anteilen der Verkehrsträger an der gesamten erbrachten Verkehrsleistung ein. Der aktuelle Koalitionsvertrag sieht vor, Maßnahmen zu ergreifen, um den Schienenverkehr bis zum Jahr 2030 zu verdoppeln.[12] Diese Zielvorgabe erfolgte insbesondere aus umweltpolitischen Erwägungen, ohne jedoch einen Vergleich der volkswirtschaftliche Nutzen und Kosten aller Verkehrsträger zu berücksichtigen. Die Monopolkommission empfahl in diesem Zusammenhang bereits im sechsten Sektorgutachten Bahn 2017, eine neutrale und möglichst umfassende Analyse der volkswirtschaftlichen Kosten und Nutzen der verschiedenen Verkehrsträger zu erstellen und diese als Grundlage für Entscheidungen über Fördermaßnahmen heranzuziehen.[13]

1.1.5 Anwendbarkeit der Wettbewerbsregeln

13. Die in Deutschland tätigen Eisenbahnverkehrsunternehmen unterliegen dort, wo die Regulierung ihnen Freiräume für eigene unternehmerische Entscheidungen belässt, grundsätzlich den Wettbewerbsregeln, (Art. 101 ff., 107 ff. AEUV, §§ 1 ff. GWB). Dem steht nicht entgegen, dass die Unternehmen verfassungsrechtlich verankerte Aufgaben der Daseinsvorsorge erfüllen.[14]

---

[12] CDU/CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land - Koalitionsvertrag vom 12. März 2018, S. 77 ff.

[13] Vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen (Sondergutachten 76), 1. Aufl. 2017, Tz. 250, ff. Vgl. Böttger, C., Abschätzung der Kosten der Verkehrsträger im Vergleich, Studie im Auftrag des Netzwerks Europäischer Eisenbahnen (NEE), Berlin, November 2017. Vgl. zudem Tz. 168 in diesem Gutachten.

[14] Siehe Art. 87e Abs. 4 GG.

14. Die unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln (Art. 101 ff. AEUV) sind nach Art. 106 Abs. 2 AEUV auf Unternehmen anwendbar, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf zudem nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft. Die von Eisenbahnunternehmen erbrachten Verkehrsdienstleistungen können Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse darstellen.

15. Die Wettbewerbsregeln sind grundsätzlich auf solche Dienstleistungen anwendbar. Etwas anderes gilt nur in dem Umfang, in dem Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln erforderlich sind, um die Erfüllung der betreffenden Aufgaben überhaupt gewährleisten zu können. Den Mitgliedstaaten ist insoweit allerdings kein Einschätzungsspielraum einzuräumen. Denn andernfalls würde das nationale Recht darüber entscheiden, ob der Anwendungsbereich der EU-Wettbewerbsregeln eröffnet ist.[15] Der betreffende Mitgliedstaat muss vielmehr bei Inanspruchnahme einer Ausnahme eingehend darlegen, aus welchen Gründen in seinen Augen im Falle einer Aufhebung der beanstandeten Maßnahmen die Erfüllung der im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgaben, mit denen er ein Unternehmen betraut hat, zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen gefährdet wäre.[16] Die DB AG als in vielen Bereichen immer noch marktbeherrschendes Unternehmen hat nach der Liberalisierung des Bahnbetriebs allerdings das Angebot auf Nebenstrecken, auf denen Verkehrsdienstleistungen nach marktwirtschaftlichen Grundsätzen nicht tragfähig ist, in großem Umfang eingestellt. In demselben Umfang hat sich der Bedarf für Ausnahmen von den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln reduziert und deren Anwendungsbereich entsprechend erweitert. Die Wettbewerber der DB AG operieren ohnehin grundsätzlich nach Maßgabe marktwirtschaftlicher Kriterien.

16. Ein bleibender Bedarf für Ausnahmen von den Wettbewerbsregeln dürfte derzeit insbesondere insofern anzuerkennen sein, als sich Bau und Unterhalt der Trasseninfrastruktur sowie wirtschaftliche Angebote im SPNV weiterhin nur auf Basis staatlicher Ausgleichsleistungen erbringen lassen (Art. 106 Abs. 2 AEUV).[17] Soweit diese Ausgleichsleistungen über das erforderliche Maß hinausgehen, kommt eine Rechtfertigung nach den Beihilferegeln in Betracht (Art. 107 Abs. 3 und Art. 113 AEUV).[18]

17. Das deutsche Kartellrecht (§§ 1 ff. GWB) ist auf Eisenbahnunternehmen grundsätzlich auch dann anwendbar, wenn diese sich – wie die DB AG – im Eigentum der öffentlichen Hand befinden (§ 185 Abs. 1 S. 1 GWB). Zwar enthält § 12 Abs. 7 AEG eine Ausnahme vom deutschen Kartellverbot (§ 1 GWB) für Tarifkooperationen. Ansonsten wird der Anwendungsbereich des deutschen Kartellrechts durch das Eisenbahnregulierungsrecht jedoch nicht eingeschränkt. Die Art. 101 ff. AEUV gehen der nationalen Regulierung ohnehin als höherrangiges Unionsrecht vor.

1.2 Beständiger Konflikt durch Vertikal- und Eignerstruktur der Deutschen Bahn Gruppe

18. Aus ordnungspolitischer Perspektive sollte die Eisenbahninfrastruktur nicht von einem in den Transportmarkt vertikal integrierten Unternehmen bereitgestellt werden. Erstens entstehen daraus Anreize und Möglichkeiten für das vertikal integrierte Unternehmen, potenzielle Wettbewerber auf dem nachgelagerten Transportmarkt zu diskriminieren. So

---

[15] EuGH, Urteil vom 18. Juni 1991, C-260/89 – ERT/DEP, Slg. 1991, I-2925, ECLI:EU:C:1991:254, Rz. 33; Urteil vom 28. Februar 2013, C-1/12 – Ordem dos Técnicos Oficiais de Contas, ECLI:EU:C:2013:127, Rz. 104; dazu Monopolkommission, Sondergutachten 75, Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem, 1. Aufl. 2017, Tz. 442; XXI. Hauptgutachten, Wettbewerb 2016, 1. Aufl. 2016, Tz. 1028; verfehlt demgegenüber BGH, Urteil vom 6. Oktober 2015, KZR 17/14 – Zentrales Verhandlungsmandat, Rz. 44, 46 (entgegen Art. 267 Abs. 3 AEUV ohne Vorlage zur Vorabentscheidung); ausführlich zur einschlägigen Rechtsprechung auch Kühling/Geilmann/Weck, ZHR 182 (2018), 539.

[16] EuGH, Urteil vom 13. Mai 2003, C-463/00 – Kommission/Spanien, Slg. 2003 I-04581, ECLI:EU:C:2003:272, Rz. 82.

[17] Siehe ergänzend Verordnung 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1; dazu auch EU-Kommission, Auslegungsleitlinien zu der genannten Verordnung, ABl. C 92 vom 29. März 2014, S. 1.

[18] Siehe dazu auch EU-Kommission, Mitteilung – Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, ABl. C 184 vom 22. Juli 2008, S. 7.

ist anzunehmen, dass die Vertikalstruktur der DB-Gruppe[19] mit einem unverfälschten Wettbewerb im deutschen Schienenverkehrsmarkt grundsätzlich unvereinbar ist. Daher sollte eine strikte eigentumsrechtliche Trennung der Infrastrukturbetreiber von den übrigen rechtlichen Einheiten der DB-Gruppe angestrebt werden. Zweitens ist der Bund alleiniger Eigentümer der DB-Gruppe. Da deren Markttätigkeit dem Bund zuzurechnen ist, agiert dieser somit auf vielen Märkten als ein an Gewinnmaximierung interessierter Wettbewerber privater Unternehmen. Auch dafür lässt sich aus ordnungspolitischen Erwägungen keine Rechtfertigung ableiten. So sollte der Staat lediglich als Gestalter der ordnungspolitischen Rahmenbedingungen auftreten, jedoch keineswegs aktiv am Geschehen auf Märkten partizipieren, auf denen funktionierender Wettbewerb stattfinden kann. Dies greift insbesondere auch dann, wenn der Staat über die Eigentümerschaft an einem Unternehmen auf ausländischen Wettbewerbsmärkten aktiv wird. Aus diesem Grund ist eine Veräußerung aller Einheiten der DB-Gruppe zu befürworten, deren Geschäftsfelder nicht der Bereitstellung der Infrastruktur zuzurechnen sind.

1.2.1 Vorteile einer vertikalen Trennung überwiegen

19. Die Eisenbahninfrastruktur ist für die Transportunternehmen ein notwendiges Vorleistungsprodukt, ohne welches sie ihre Dienstleistung nicht erbringen können. Hierbei erfüllen insbesondere die Schienenwege und die Bahnhöfe die Charakteristiken eines natürlichen Monopols. In Deutschland wird der überwiegende Teil der Eisenbahninfrastruktur von Unternehmen der vertikal integrierten DB-Gruppe bereitgestellt. Die daraus resultierende Marktmacht kann gegenüber Wettbewerbern auf den Transportmärkten in missbräuchlicher Weise eingesetzt werden.[20] Es ist zu unterstellen, dass dies im Interesse des integrierten Unternehmens liegt, um so den eigenen Transportunternehmen Wettbewerbsvorteile zu verschaffen. Damit ergibt sich zur Wahrung aktiven Wettbewerbs im deutschen Eisenbahnverkehrsmarkt eine besondere Notwendigkeit der Gewährleistung eines diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur. Nach Ansicht der Monopolkommission ist dieses Ziel auch unter Anwendung strenger Regulierungsmaßnahmen im aktuellen Modell eines in den Transportmarkt vertikal integrierten Infrastrukturbetreibers nicht vollauf realisierbar. Die Monopolkommission ist überzeugt, dass die eigentumsrechtliche Eigenständigkeit des Betreibers der Schienenwege eine notwendige Voraussetzung zur Schaffung eines diskriminierungsfreien Wettbewerbsumfeldes auf dem Schienenverkehrsmarkt darstellt. Lediglich ein eigentumsrechtlich eigenständiger Netzbetreiber würde sich allen Eisenbahnverkehrsunternehmen gegenüber neutral verhalten.

20. Aus einer ordnungspolitischen Perspektive ist eine eigentumsrechtliche Trennung der Infrastrukturbetreiber von den Transportgesellschaften der DB-Gruppe klar zu befürworten. Die DB-Gruppe versteht sich als international agierender Konzern, zu dessen Grundverständnis ein integrierter Betrieb von Verkehr und Eisenbahninfrastruktur zählt.[21] Damit bestehen für die DB-Gruppe Anreize zur Maximierung des einheitenübergreifenden Konzerngewinns. Es ist nicht auszuschließen, dass dies zu Ineffizienzen auf den Eisenbahnverkehrsmärkten, Wettbewerbshindernissen und zu gesamtwirtschaftlichen Wohlfahrtsverlusten führt. Dabei sind die Diskriminierungsspielräume, die sich aus einer vertikal integrierten Unternehmensstruktur ergeben, in ihrer Gänze systematisch kaum zu erfassen. Auch nach der Einführung des neuen Eisenbahnregulierungsgesetzes besteht diese Problematik fort. Das vorliegende Gutachten zeigt auf, dass weiterhin Potenziale für nicht-preisliche Formen der Diskriminierung bestehen, wie zum Beispiel bei der Vergabe von Trassen, dem Fahrkartenvertrieb oder dem Baustellen- bzw. Verkehrsmanagement. Eine Eliminierung dieser Diskriminierungspotenziale ist nur über die Trennung der Infrastrukturunternehmen von den Transportgesellschaften der DB-Gruppe zu erreichen.

21. Ein häufig vorgebrachtes Argument gegen die vertikale Trennung zwischen Infrastruktur- und Transportunternehmen ist, dass dadurch Synergieeffekte, bzw. Verbundvorteile („economies of scope"), verloren gingen. So existieren zahlreiche wissenschaftliche Studien, die sich der Untersuchung von Effekten verschiedener Strukturmodelle auf die

---

[19] Die DB AG firmiert als Holding-Gesellschaft unter deren Dach 579 Unternehmen im In- und Ausland zusammengeschlossen sind. Im Folgenden wird daher von der DB-Gruppe gesprochen, soweit nicht spezifisch die DB AG adressiert wird.

[20] Vgl. Art. 102 AEUV, hinsichtlich der Verantwortung des Bundes ergänzend Art. 106 Abs. 1 AEUV.

[21] Vgl. Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2018, Berlin, 2018.

Kosten des Eisenbahnmarktes widmen. Die Ergebnisse dieser Studien sind uneinheitlich.[22] Dieser Trend ist auch in jüngst erschienenen Arbeiten ungebrochen. So kommt eine Untersuchung zu dem Schluss, dass eine vertikale Trennung von Infrastruktur und Betrieb zu einer Kostenerhöhung durch zunehmende Transaktionskosten führen kann, allerdings lediglich wenn die Verkehrsintensität auf der Schieneninfrastruktur hoch ist.[23] Eine weitere Studie kommt zu dem Ergebnis, dass ein starkes Regulierungsregime die Kosten des Eisenbahnsektors senken kann, wofür jedoch die vertikale Trennung eine notwendige Voraussetzung darstelle.[24] Damit lässt sich aus den vorliegenden wissenschaftlichen Arbeiten keine klare Evidenz ableiten, dass sich durch eine Separierung von Infrastruktur- und Transportgesellschaften im Eisenbahnverkehrsmarkt signifikante Verluste von Verbundvorteilen einstellen. Allerdings kann im Gegenteil davon ausgegangen werden, dass eine Separierung kurzfristig zu Effizienzgewinnen führen kann. So könnten durch die Schaffung eines „Level Playing Field“ für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen Transaktionskosten auf dem Eisenbahnverkehrsmarkt reduziert werden. Zudem kann in langer Frist durch die zu erwartende Stärkung des Wettbewerbs mit einer Senkung der Kosten des Eisenbahnsektors gerechnet werden. Dennoch lässt sich weder auf Basis aktueller Forschungsarbeiten noch aufgrund ordnungspolitischer Grundlagen eine klare Aussage darüber treffen, ob eine vertikal integrierte oder separierte Organisationsstruktur zu einem niedrigeren Kostenniveau für den Eisenbahnverkehrsmarkt führt. Bei der Bewertung der Organisationsstruktur sollten daher nicht ausschließlich Verbundeffekte des etablierten Unternehmens als wesentliches Kriterium herangezogen werden.

22. Ebenso wird argumentiert, dass eine vertikal integrierte Unternehmensstruktur Anreize für Investitionen in die Eisenbahninfrastruktur schaffe, da entsprechende Effizienzgewinne an die eigenen Transportunternehmen im nachgelagerten Markt weitergereicht werden könnten. Allerdings spielen Investitionsanreize unter dem aktuellen Regulierungsregime keine wesentliche Rolle. Ein Grund hierfür ist, dass der überwiegende Teil des Investitionsvolumens für die Schieneninfrastruktur im Rahmen der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) vertraglich festgelegt wird.[25] Auch im Hinblick auf Anreize zur Senkung der Gesamtkosten zur Bereitstellung der Schienenwege kann nicht erwartet werden, dass eine integrierte Konzernstruktur zusätzliche Anreize zur Effizienzsteigerung setzt, da die Regulierung bereits die Kostensenkung über Anwendung einer Preisobergrenzenregulierung incentiviert.[26]

23. Hingegen kann es unter einer integrierten Konzernstruktur zu aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive schädlichen Investitionsentscheidungen kommen. So liegt es nahe, dass die Planung und Durchführung von Investitionsprojekten nicht dem Nutzen des gesamten Eisenbahnverkehrsmarktes Rechnung tragen, sondern sich vorrangig an den Zielen der DB-Gruppe orientieren.[27] Investitionen könnten so getätigt werden, dass sie den eigenen Transportgesellschaften im Besonderen nutzen, beziehungsweise sogar Wettbewerbern im Transportmarkt schaden. Dies gilt insbesondere auch im Hinblick auf die in der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung festgeschriebenen Bundesmittel. Diese werden als nicht rückzahlbare Baukostenzuschüsse in Form einer jährlichen Pauschale gewährt.[28] Eine eigentumsrechtliche Herauslösung des Betreibers der Schienenwege würde dem Fehlanreiz entgegenwirken, die Infrastrukturplanung an den Interessen bestimmter Verkehrsunternehmen auszurichten. Damit könnte die vertikale Trennung dazu beitragen, dass Inves-

---

[22] Die Monopolkommission analysierte im Rahmen ihrer vergangenen Gutachten alle verfügbaren auf Datenerhebungen basierenden empirischen Studien. Darüber hinaus gibt es zahlreiche weitere Studien, die auf einer deskriptiven Statistik beruhen. Die Monopolkommission hält diese nicht für hinreichend belastbar, um darauf Politikempfehlung zu stützen. Gleiches gilt auch für Gutachten, welche von Interessenträgern in Auftrag gegeben wurden und welche die dahinter stehen Interessen zur politischen Meinungsbildung entsprechend vertreten. Zur Auswertung relevanter Studien, vgl. Monopolkommission, Fünftes Sektorgutachten Bahn 2015: Wettbewerbspolitik auf der Spur? (Sondergutachten 69), 1. Aufl. 2015, Tz. 21 und Monopolkommission, Viertes Sektorgutachten Bahn 2013: Reform zügig umsetzen! (Sondergutachten 64), 1. Aufl. 2013, Tz. 30 f.

[23] Mizutani, F./Smith, A./Nash, C./Uranishi, S., Comparing the Costs of Vertical Separation, Integration, and Intermediate Organisational Structures in European and East Asian Railways, Journal of Transport Economics and Policy 49(3), 2015, S. 496-515.

[24] Smith, A./Benedetto, V./Nash, C., The Impact of Economic Regulation on the Efficiency of European Railway Systems, Journal of Transport Economics and Policy 52(2), 2018, S. 113-136.

[25] Zur Ausgestaltung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung, vgl. Tz. 45 f.

[26] Zur Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung, vgl. Tz. 112 ff.

[27] Monopolkommission, Fünftes Sektorgutachten Bahn 2015 (SG 69), a.a.O., Tz. 22.

[28] Vgl. Tz. 45.

titionen in die Infrastruktur so getätigt werden, dass diese ausschließlich auf eine Qualitätsverbesserung des gesamten Schienenverkehrsmarktes abstellen.

1.2.2 In Wettbewerbsmärkten aktive Einheiten der DB-Gruppe veräußern

24. Neben möglichen Diskriminierungspotenzialen spricht ein weiteres ordnungspolitisches Argument gegen das gegenwärtige Organisationsmodell des integrierten Vertragskonzerns. Da sich die DB-Gruppe in alleiniger Eigentümerschaft des Bundes befindet, kommt es zu einer Situation, in der de facto staatliche Unternehmen auf Wettbewerbsmärkten aktiv sind. Dies widerspricht dem ordnungspolitischen Grundsatz, dass in einer freien Marktwirtschaft der Staat nur dann ins Wirtschaftsgeschehen eingreifen sollte, wenn Markt und Wettbewerb versagen. So besteht auf Märkten, auf denen funktionierender Wettbewerb herrschen könnte, keine Rechtfertigung für unternehmerische Tätigkeiten des Staates. Ein Auftreten des Bundes in Wettbewerbsmärkten über Töchtergesellschaften der DB-Gruppe ist aus ordnungspolitischen Gesichtspunkten daher strikt abzulehnen. Der Bund sollte deshalb die Transport- und Verkehrsunternehmen der DB-Gruppe veräußern. Dieses Argument trifft im Besonderen auf die Unternehmensteile mit internationalen Geschäftstätigkeiten zu. Zur DB-Gruppe gehören aktuell 452 vollkonsolidierte Tochtergesellschaften die ihren Sitz im Ausland haben.[29] Die internationale Geschäftstätigkeit würde in jüngster Vergangenheit weiter ausgebaut.[30]

25. Es liegt im öffentlichen Interesse, dass der Bund im Rahmen seines grundgesetzlichen Gewährleistungsauftrages verpflichtet wird, dass Ausbau und Erhalt des Schienennetzes und die Verkehrsangebote der Eisenbahnen des Bundes auf diesem Schienennetz dem Wohl der Allgemeinheit Rechnung tragen.[31] Im Gegensatz dazu ist es nicht dem öffentlichen Interesse zuträglich, dass der Staat über seine Beteiligung an der DB-Gruppe auf ausländischen Wettbewerbsmärkten aktiv wird und das damit verbundene wirtschaftliche Risiko trägt. Jüngst konstatierte der Bundesrechnungshof, dass sich aus der internationalen Geschäftstätigkeit der DB-Gruppe keine positiven Effekte für die deutsche Eisenbahninfrastruktur- und die Eisenbahnverkehrsunternehmen des Bundes ergäben.[32] So fänden alle im Ausland realisierten Gewinne zwar Berücksichtigung in der Ertragslage des gesamten Konzerns, diese würden allerdings nicht in dem deutschen Eisenbahnverkehrsmarkt zu Gute kommen, sondern im Ausland reinvestiert.[33] Demgegenüber trägt der Staat als Eigentümer der DB-Gruppe mit ihren inländischen Eisenbahninfrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen die Geschäftsrisiken der internationalen Aktivitäten, welche je nach Geschäftsfeld und Gerichtsbarkeit in erheblichem Maße variieren können. Aus diesem Grund ist insbesondere auch die Veräußerung der Arriva PLC und der DB Schenker AG anzustreben.

1.2.3 Organisatorische Unabhängigkeit der Betreiber der Schienenwege – Trotz Fortschritten besteht weiterhin Handlungsbedarf

26. Bereits vor Inkrafttreten des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) empfahl die Monopolkommission umfangreiche gesetzgeberische Vorgaben für die organisatorische Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege und wies darauf hin, dass entsprechenden unionsrechtlichen Vorschriften in der Ausgestaltung des ERegG nicht zur Genüge Rechnung getragen wurde. Umfangreiche Anforderungen an die organisatorische Unabhängigkeit wurden durch die Europäische Kommission im Rahmen des vierten Eisenbahnpakets vorgeschlagen.[34] Die Vorschläge der Europäischen

---

29 Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2018, Berlin, 2018, S. 190. Über die DB Schenker AG ist die DB-Gruppe im weltweiten Transport- und Logistikgeschäft aktiv. Durch die Übernahme der Arriva PLC im Jahr 2010 bietet die DB-Gruppe im europäischen Ausland eine Vielzahl von Nahverkehrsangeboten an.

30 Ebenda, S. 112 ff.

31 Art. 87e Abs. 4 GG.

32 Vgl. Bundesrechnungshof, Bericht nach § 99 BHO, zur strukturellen Weiterentwicklung und Ausrichtung der Deutschen Bahn AG am Bundesinteresse, Bonn, 17. Januar 2019.

33 Ebenda, S. 14.

34 Monopolkommission, Fünftes Sektorgutachten Bahn 2015 (SG 69), a. a. O., Tz. 26 ff.

Kommission wurden mit der Richtlinie 2016/2370/EU[35] umgesetzt. Ausgehend von der Richtlinie konnten Fortschritte in Bezug auf die organisatorische Entflechtung und die finanzielle Transparenz innerhalb der DB-Gruppe erwartet werden. Dennoch existieren im Hinblick auf die Umsetzung in deutsches Recht weiter Verbesserungspotenziale. In einigen Aspekten, die in den nachfolgenden Textziffern erläutert werden, wäre es wünschenswert, über die unionsrechtlichen Vorgaben hinauszugehen.[36] Die Umsetzung der Richtlinie 2016/2370/EU in deutsches Recht erfordert eine Novellierung des ERegG sowie des AEG. Dabei betreffen die notwendigen Änderungen insbesondere § 8 ERegG zur Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege. Seit 2018 lag ein erster Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie 2016/2370/EU vor. Eine überarbeitete Fassung wurde am 29. April 2019 dem Bundestag zur Beschlussfassung vorgelegt, ohne dass es hinsichtlich der hier interessierenden Vorgaben zu Änderungen kam.[37]

27. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung folgt in weiten Teilen einer Eins-zu-eins-Umsetzung der Richtlinie 2016/2370/EU. In ihrem letzten Sektorgutachten Bahn 2017 empfahl die Monopolkommission, die Richtlinie um erweiterte Vorgaben zur Stärkung der Unabhängigkeit des Schienenwegebetreibers zu ergänzen. So sollten Aufsichtsratsmandate des Infrastrukturbetreibers nicht von Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten einer anderen rechtlichen Einheit des integrierten Konzerns wahrgenommen werden dürfen. Auch sollte die Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers grundsätzlich gelten und keineswegs nur auf seine wesentlichen Funktionen beschränkt sein.[38] Dies gilt insbesondere in Bezug auf die organisatorische und rechtliche Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers bei Einrichtung, Verwaltung und Unterhaltung der Schienenwege.[39] Beide Aspekte fanden in dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Richtlinie aber keine zufriedenstellende Berücksichtigung.

28. Im Hinblick auf die Vergabe von Aufsichtsratsmandaten des Infrastrukturbetreibers, empfahl die Monopolkommission gegenüber der Richtlinie 2016/2370/EU verschärfte Vorgaben.[40] Die darin geänderte Fassung des Artikel 7 der Richtlinie 2012/34/EU sieht vor, dass durch die Mitgliedsstaaten sicherzustellen ist, dass Mitglieder des Aufsichtsrates des Infrastrukturbetreibers in diskriminierungsfreier Weise handeln und durch keinerlei Interessenkonflikt beeinträchtigt sind. Konkretisiert wird, dass als Mitglieder des Aufsichtsrates des Infrastrukturbetreibers keine Personen berufen werden dürfen, die gleichzeitig als Mitglieder des Aufsichtsrates eines Eisenbahnverkehrsunternehmens des vertikal integrierten Unternehmens eingesetzt sind. Ferner ist sicherzustellen, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen oder eine andere juristische Person keinen bestimmenden Einfluss hinsichtlich der wesentlichen Funktionen des Infrastrukturbetreibers ausübt.[41] Der Gesetzesentwurf zur Änderung des § 8 ERegG, und hier insbesondere zur Ergänzung durch den § 8a ERegG, entspricht dem Wortlaut des Artikel 7 der Richtlinie nahezu vollständig.[42] Dabei ist zu kritisieren, dass so nicht auszuschließen ist, dass Aufsichtsratsmandate des Infrastrukturbetreibers von Vorstandsmitgliedern oder leitenden Angestellten anderer rechtlicher Einheiten der Gruppe wahrgenommen werden können.[43]

---

[35] Richtlinie 2016/2370/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Richtlinie 2012/34/EU bezüglich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste und der Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur, ABl. L 354 vom 23. Dezember 2016.

[36] Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 61 ff.

[37] Gesetzentwurf der Bundesregierung. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2016/2370/EU vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Richtlinie 2012/34/EU bezüglich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste und der Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur. Die erste Fassung des Gesetzesentwurfes stammt vom 28. Juni 2018. Die überarbeitete Version wurde am 29. April 2019 in den deutschen Bundestag eingebracht; BT-Drs. 19/9738. Der folgende Text bezieht sich auf die erste Fassung vom 28. Juni 2018. Die Änderungen der Fassung vom 29. April 2019 gegenüber der Fassung vom 28. Juni 2018 berühren die Ausführungen nicht.

[38] Zu den wesentlichen Funktionen des Infrastrukturbetreibers zählen die Zuweisung von Trassen sowie die Erhebung von Wegeentgelten.

[39] Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 69.

[40] Ebenda.

[41] Art. 7 RL 2012/34/EU in der Fassung der Richtlinie 2016/2370/EU.

[42] Gesetzentwurf der Bundesregierung, a.a.O., S. 6 ff.

[43] Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 69.

29. Zudem schreibt die Richtlinie lediglich die rechtliche und organisatorische Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers in Bezug auf seine wesentlichen Funktionen vor.[44] So gewährt die Formulierung der Richtlinie insbesondere hinsichtlich der Vorhaltung der Schienenwege und des Verkehrsmanagements Spielräume zur Unterminierung der organisatorischen Unabhängigkeit.[45] Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie konkretisiert diese Vorgabe.[46] So dürfen gemäß § 8b Entscheidungen im Zusammenhang mit dem Verkehrsmanagement, der Instandhaltungsplanung und der Erneuerungsplanung nur von dem Personal des Infrastrukturbetreibers getroffen werden, das keine Funktionen in Eisenbahnverkehrsunternehmen oder mit diesen verbundenen Unternehmen ausübt. Diese Konkretisierung des Gesetzesentwurfs gegenüber den europarechtlichen Vorgaben ist zu begrüßen. Dennoch besteht weiterer Handlungsbedarf. So schließt die Formulierung des § 8b ERegG im Gesetzentwurf nicht aus, dass der Betreiber der Schienenwege mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen des vertikal integrierten Konzerns Maßnahmen hinsichtlich des Verkehrsmanagements oder der Vorhaltung der Schienenwege abstimmt. Als exemplarisch hierfür kann die Gründung des „Lagezentrums Pünktlichkeit" im Jahr 2018 durch die DB-Gruppe gesehen werden. Das im Vorstandsressort der DB Netz AG angesiedelte Gremium soll Maßnahmen in Abstimmung zwischen der DB Netz AG und den operativen Einheiten der DB-Gruppe zur Verbesserung der Pünktlichkeit entwickeln und umsetzen.[47] Vertretern von Eisenbahnverkehrsunternehmen, die nicht der DB-Gruppe angehören, wurde jedoch kein Zugang zu diesem Gremium gewährt. Nun sind Maßnahmen zur Verbesserung der Qualität des Schienenverkehrsangebots grundsätzlich zu begrüßen, allerdings sollten dabei keine Marktteilnehmer ausgeschlossen werden. Andernfalls wäre zu befürchten, dass im Rahmen von Maßnahmen der infrastrukturbasierten Pünktlichkeitsverbesserung vorrangig den Interessen der Eisenbahnverkehrsunternehmen der DB-Gruppe Rechnung getragen wird. Derartige Maßnahmen könnten dann gegen das Diskriminierungsverbot des Art. 102 lit. c AEUV verstoßen. Der Bund ist nach Art. 106 Abs. 1 AEUV und Art. 102 AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, diskriminierende Maßnahmen der DB-Gruppe – auch in Form von Gesetzen – weder zu erzwingen noch zu erleichtern.[48] Daher wäre es wünschenswert, § 8b ERegG des Gesetzentwurfs dahingehend zu konkretisieren, dass allen Eisenbahnverkehrsunternehmen ein diskriminierungsfreier Zugang zum Verkehrsmanagementprozess durch den Infrastrukturbetreiber gesetzlich gewährt wird. So könnte einer intransparenten und diskriminierenden Gestaltung des Verkehrsmanagements und der Bautätigkeit vorgebeugt werden und die Unabhängigkeit des Infrastrukturbetreibers würde nachhaltig gestärkt.

30. Von der Novellierung des Eisenbahnregulierungsgesetzes zur Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie 2016/2370/EU können positive Effekte im Hinblick auf die organisatorische Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege erwartet werden. Dennoch besteht nach Ansicht der Monopolkommission auch nach der Gesetzesnovellierung weiterhin eine Vielzahl von Möglichkeiten der Einflussnahme auf den Infrastrukturbetreiber durch die übrigen rechtlichen Einheiten der DB-Gruppe. Eine Berücksichtigung der zuvor genannten Aspekte könnte diese einschränken. Es wird sich zeigen, in welchem Ausmaß die vertikal integrierte Konzernstruktur selbst bei einer umfassenden organisatorischen Trennung weiterhin Potenziale enthält, Wettbewerber auf den Transportmärkten zu diskriminieren.

1.2.4 Beihilferechtliche Risiken beim Einsatz staatlicher Mittel

31. Die integrierte Struktur der DB-Gruppe unter der Kontrolle des Gesamtkonzerns durch den Bund ist nicht nur aus den im Abschnitt zuvor dargelegten Erwägungen problematisch. Sie geht zudem mit Mängeln in der Aufsicht einher,

---

[44] Art. 7 RL 2012/34/EU in der Fassung der Richtlinie 2016/2370/EU.

[45] Art. 7b RL 2012/34/EU in der Fassung der Richtlinie 2016/2370/EU. Im Wortlaut sind das Verkehrsmanagement und die Vorhaltung der Schienenwege auf transparente und diskriminierungsfreie Weise durchzuführen und die entscheiden Personen müssen frei von Interessenkonflikten sein.

[46] § 8b ERegG in der Fassung von Art. 1 Abs. 4 des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/2370 vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Richtlinie 2012/34/EU bezüglich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste und der Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur, BT-Drs. 19/9738.

[47] Deutsche Bahn AG, https://zb.deutschebahn.com/zb2018/de/konzern-zwischenlagebericht-ungeprueft/qualitaet/puenktlichkeit-gesunken.html, Abruf am 11.06.2019.

[48] Siehe zur Bedeutung des unionsrechtlichen Loyalitätsgrundsatzes (Art. 4 Abs. 3 EUV) in diesem Kontext EuGH, Urteil vom 21. September 1988, C-267/86 – Van Eycke/ASPA, ECLI:EU:C:1988:427, Rz. 19.

woraus ein Risiko von Verstößen gegen das EU-Beihilferecht folgt. Derartige Verstöße können sich zum Nachteil von Wettbewerbern der DB-Gruppe und damit letztlich auch zum Nachteil der eisenbahnfahrenden Verbraucher auswirken. Derartige Aufsichtsdefizite sind nicht nur in Bezug auf die DB-Gruppe festzustellen, sondern auch in Bezug auf andere von der öffentlichen Hand kontrollierte Unternehmen. Die Monopolkommission hat sich unter anderem deshalb bereits verschiedentlich kritisch zum staatlichen Einfluss auf Unternehmen mit Daseinsvorsorgeaufgaben geäußert und teilweise auch den Abbau staatlicher Beteiligungen gefordert.[49]

32. Eine effektive Aufsicht des Bundes über die DB-Gruppe ist rechtlich aus verschiedenen Gründen – auch losgelöst vom EU-Beihilferecht – geboten. Erstens handelt es sich bei der DB-Gruppe um einen Konzern, in dem der Bund über seine in die Aufsichtsräte entsandten Vertreter seine Gesellschafterinteressen zu wahren hat.[50] Soweit die Geschäftstätigkeit der DB-Gruppe für den Bundeshaushalt von Bedeutung ist, hat der Bund zweitens auf den Schutz des Bundesvermögens und in diesem Rahmen auf die Einhaltung der Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu achten.[51] Drittens ist er bei der Erfüllung seiner Daseinsvorsorgeaufgaben nach Art. 87e GG und der unionsrechtlichen und national definierten Ziele der Eisenbahnregulierung verpflichtet, die Tätigkeit der DB-Gruppe als Infrastrukturbetreiber und Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie die Marktentwicklung zu überwachen.[52]

33. Die Wahrnehmung, dass eine effektive Aufsicht des Bundes über die DB-Gruppe in Wirklichkeit fehlt, wird durch die Untersuchungen des Bundesrechnungshofs im Berichtszeitraum gestützt. Dieser stellte in seinem Bericht zu den Verhandlungen über die kommende Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) fest, dass das BMVI nicht beabsichtige, bekannte Schwachstellen in der Ausgestaltung der vergangenen LuFV hinsichtlich der mangelnden Kontrolle durch den Bund zu beseitigen.[53] Des Weiteren stellte er in seinem Bericht zur strukturellen Weiterentwicklung und Ausrichtung der DB-Gruppe fest, dass die Bundesregierung zwar mit Vertretern dreier Ministerien in den Aufsichtsräten der DB-Gruppe vertreten ist, nach Auffassung des Bundesrechnungshofes bislang aber nur eine unzureichende Bereitschaft erkennen lässt, sich mit Grundsatzfragen zur Struktur und Ausrichtung der DB-Gruppe kritisch zu befassen.[54] Der Bundesrechnungshof weist in seinen Berichten darauf hin, dass er die festgestellten Mängel bereits früher gerügt hatte, ohne dass die Bundesregierung sie abgestellt hatte.

34. Das EU-Beihilferecht lässt die Eigentumsstruktur in den Mitgliedstaaten unberührt.[55] Deshalb sind nach nationalem Recht bestehende Kontrolldefizite beihilferechtlich grundsätzlich irrelevant. Art. 107 Abs. 1 AEUV verbietet allerdings – vorbehaltlich einer unionsrechtlich anerkannten Ausnahme oder Rechtfertigung – staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Außerdem verbietet Art. 106 Abs. 1 AEUV es dem deutschen Staat, in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, den unionsrechtlichen Wettbewerbsregeln widersprechen-

---

49 Siehe Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, Baden-Baden,2018, Tz. 1116 ff. (zum Drei-Stufentest bei der Änderung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks); XX. Hauptgutachten, Eine Wettbewerbsordnung für die Finanzmärkte, 1. Aufl. 2014, Tz. 1821, 2039 (zur Aufsicht über die KfW), Tz. 2043 ff. (zur Unterbindung privater Beteiligungen an den Sparkassen); Tz. 1178 ff., 1186 ff. (zur Organisation anderer kommunaler Unternehmen und zur Aufsicht über diese); Zehntes Sektorgutachten Post 2017: Privilegien abbauen, Regulierung effektiv gestalten! (Sondergutachten 79), 1. Aufl. 2017, Tz. 159 ff. sowie Zehntes Sektorgutachten Telekommunikation 2017: Auf Wettbewerb bauen! (Sondergutachten 78), 1. Aufl. 2017, Tz. 5 (zur Stellung des Bundes als Regulierer und Anteilsinhaber an der Deutschen Post AG und der Deutschen Telekom AG).

50 §§ 111 Abs. 1, 3, 314 AktG.

51 §§ 7 Abs. 1, 23, 44 BHO.

52 Siehe z. B. §§ 3, 17, 29, 59 Abs. 6, 67 ERegG; §§ 5-5b, 7f, 11 AEG.

53 Bundesrechnungshof, Bericht nach § 99 BHO über die Ziele des Bundes bei den Verhandlungen mit der Deutschen Bahn AG über eine dritte Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung für die bestehende Eisenbahninfrastruktur, Bonn, 7. Dezember 2018, Abschn. 0.2, 0.4, 2, 3.1.1, 3.2, 3.3, 3.4, 3.5, 4; siehe zu den festgestellten Schwachstellen auch Tz. 45 ff. in diesem Gutachten.

54 Bundesrechnungshof, Bericht nach § 99 BHO zur strukturellen Weiterentwicklung und Ausrichtung der Deutschen Bahn AG am Bundesinteresse, Bonn, 17. Januar 2019, Abschn. 1.3; siehe zu den Defiziten in der Weiterentwicklung der Strukturen der DB-Gruppe zudem Tz. 45 ff. in diesem Gutachten.

55 Dies folgt aus Art. 345 AEUV.

de Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten. Das ist im vorliegenden Kontext insbesondere dann relevant, wenn die DB-Gruppe staatliche Mittel im Rahmen eines Verhaltens einsetzt, das aufgrund des Verbots des Marktmachtmissbrauchs (Art. 102 AEUV) bedenklich ist.

35. Wenn der Bund an der integrierten Konzernstruktur der DB-Gruppe festhält, erscheint es geboten, die Kontrolldefizite aufseiten der Bundesregierung auszugleichen, um Verstößen gegen die EU-Wettbewerbsregeln vorzubeugen, zu denen es dadurch kommen kann, dass die DB-Gruppe ihre staatliche Trägerschaft zum eigenen Vorteil im Wettbewerb ausnutzt. Dies gilt insbesondere in Hinblick auf die Möglichkeit, dass die DB-Gruppe staatliche Mittel einsetzt. Ein solcher Ausgleich bestehender staatlicher Kontrolldefizite kann durch den Markt erfolgen, da Wettbewerber der DB-Gruppe für eine Überprüfung des Einsatzes staatlicher Mittel in einem Beihilfeverfahren sorgen können. Dies dürfte allerdings grundsätzlich eine substanziierte Beschwerde erfordern, da die Europäische Kommission die Vergeudung oder den ineffizienten Einsatz staatlicher Ressourcen und/oder Transparenzdefizite als solche nicht ohne Weiteres als Gegenstand der EU-Beihilfenkontrolle ansieht. Eine Hürde für Wettbewerber der DB-Gruppe stellt es insofern dar, dass aufgrund von Informationsdefiziten von außen häufig schwer abschätzbar ist, ob Einzelmaßnahmen zur Finanzierung der DB-Gruppe nach dem Grundsatz eines privaten Marktinvestors unbedenklich sind oder beihilferechtlich relevant sein können.[56]

36. Die Situation ist insofern ähnlich zu mehreren anderen Fällen, in denen die Monopolkommission staatliche Kontrolldefizite festgestellt hatte. Auch in diesen Fällen bestand das Problem, dass mögliche Beihilfeverstöße von außen aufgrund von Informationsdefiziten hinsichtlich der Beurteilung nach dem Grundsatz eines privaten Marktinvestors nur schwer abzuschätzen waren.[57] In mehreren dieser Fälle hätte eine sektorspezifische Regelung auf Ebene der zuständigen Bundesministerien das Problem in der Praxis nicht ohne Weiteres beseitigen können, da die betreffenden Ministerien einen Ausgleich von politischen Interessen des Bundes (und gegebenenfalls der Länder) und gegenläufigen Wettbewerberbelangen hätten herstellen müssen. Solche Interessenkollisionen erscheinen rechtlich kaum auflösbar.

37. Allerdings muss eine Prüfung nach dem Private Investor-Test auf Ebene des Bundes grundsätzlich vorgenommen werden, bevor der DB-Gruppe staatliche Mittel ohne beihilferechtliche Notifizierung bereitgestellt werden.[58] In diesem Rahmen finden unter anderem auch informelle Vorabkontakte zwischen dem Bund und der Europäischen Kommission statt.[59] Gegebenenfalls können Dritte, soweit sie ein direktes Interesse haben, als (potenzielle) Beschwerdeführer am Verfahren teilnehmen. Ihnen wird dann die Möglichkeit gegeben, zum Verfahren Stellung zu nehmen und über den Verfahrensstand informiert zu werden. Außerdem sind nach der einschlägigen Sektorregulierung und den unionsrechtlichen Vorgaben zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse weitergehende Transparenzpflichten zu erfüllen, durch die Dritte ebenfalls in ihren Interessen geschützt werden.[60]

---

[56] Siehe EU-Kommission, Bekanntmachung zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1, Tz. 52, 73 ff.

[57] Siehe z. B. Monopolkommission, XXII. Hauptgutachten, Wettbewerb 2018, a.a.O. Tz. 1116 ff. (zum Drei-Stufentest bei der Änderung der Aufgaben des öffentlich-rechtlichen Rundfunks); XX. Hauptgutachten, a. a. O., Tz. 2039 (zur Aufsicht über die KfW); Sondergutachten 75, Stand und Perspektiven des Wettbewerbs im deutschen Krankenversicherungssystem, 2016, Tz. 470 ff., insb. Tz. 475, 477 (zu den Mitteln der Gesetzlichen Krankenversicherung). Die Einhaltung beihilferechtlicher Vorgaben ist im Verhältnis zur EU durch die Bundesregierung sicherzustellen.

[58] Dies folgt jedenfalls aus Art. 4 Abs. 3 EUV, der die Mitgliedstaaten zu einer loyalen Zusammenarbeit mit der EU verpflichtet.

[59] EU-Kommission, Mitteilung der Kommission vom 16. Juli 2018, Verhaltenskodex für die Durchführung von Beihilfeverfahren, C(2018) 4412 final, S. 5. Die Vorabkontakte sind grundsätzlich vertraulich; siehe Art. 30 der Verordnung (EU) Nr. 2015/1589 des Rates vom 13. Juli 2015 über besondere Vorschriften für die Anwendung von Artikel 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union („Verfahrens-VO“) niedergelegten Berufsgeheimnis für die Beamten der EU-Kommission und allgemeiner aus Art. 339 AEUV, der die allgemeine Pflicht für EU-Beamte, das Berufsgeheimnis zu beachten, festlegt.

[60] Siehe im deutschen Recht: § 5 ERegG (Trennung der Eisenbahnverkehrsunternehmen vom sonstigen Bundesvermögen), § 7 ERegG (getrennte Rechnungslegung für Betrieb der Infrastruktur und Verkehrsdienstleistungen), §§ 9 f. ERegG (Unabhängigkeit und eigener Geschäftsplan des Betreibers der Schienenwege); im EU-Recht: Art. 56 Abs. 12 i. V. m. Anhang VIII RL 2012/34/EU; Art. 5 Abs. 2 lit. c RL 2006/111/EG; EU-Kommission, Mitteilung – Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, ABl. C 184 vom 22. Juli 2008, S. 7, Tz. 24; Mitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 vom 11. Januar 2012, S. 4, Tz. 43 Spstr. 2, 54 ff., 60 f., 72.

38. Die Bundesregierung hat im aktuellen Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2016/2370 eine eng am Wortlaut der Richtlinie orientierte Umsetzungsvorschrift zur finanziellen Transparenz vorgeschlagen.[61] Die Monopolkommission weist ergänzend darauf hin, dass die Beteiligung Dritter bei den informellen Vorabkontakten zur beihilferechtlichen Beurteilung von Leistungen staatlicher Mittel nach dem Private-Investor-Test wichtig ist, um den Dritten einen effektiven Rechtsschutz in Hinblick auf beihilfebedingte Wettbewerbsnachteile zu ermöglichen. Daher spricht sie sich dafür aus, alle geplanten Übertragungen staatlicher Mittel auf die DB-Gruppe in leicht wahrnehmbarer Form und so zeitgerecht öffentlich zugänglich zu machen, dass ein effektiver Rechtsschutz für Dritte gewährleistet werden kann.

[61] § 8d ERegG in der Fassung von Art. 1 Abs. 4 des Entwurfs eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/2370 vom 14. Dezember 2016 zur Änderung der Richtlinie 2012/34/EU bezüglich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste und der Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur, BT-Drs. 19/9738.

Kapitel 2

Anreize für mehr Qualität schaffen

2.1 Regulatorische Anreize für Qualität erforderlich

39. Die Qualität der Schieneninfrastruktur ist ein wichtiger Faktor bei der Entscheidung, Schienenverkehrsleistungen anzubieten. Nur sofern eine funktionstaugliche Schieneninfrastruktur bereitgestellt wird, sind Eisenbahnverkehrsunternehmen im Personen- wie auch Güterverkehr interessiert, Verkehrsleistungen auf der Schiene zu offerieren und sich im Wettbewerb zu positionieren.

40. Bei dem Infrastrukturbetreiber im Eisenbahnbereich handelt es sich wie auch in weiteren Netzsektoren um ein natürliches Monopol. Hier bestehen im Allgemeinen weniger Anreize zu Qualitätserhalt oder -steigerung als in einem wettbewerblich ausgestalteten Markt. Aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen ist die Qualität des Netzes jedoch ein entscheidender Wettbewerbsfaktor. Die besondere Servicefunktion des Schieneninfrastrukturunternehmens, welche sich neben der Instandhaltung von Strecken und Bahnhöfen auch auf die Abstelleinrichtungen, Rangierbahnhöfe, Bahnstrom- und Tankanlagen, die Leit- und Sicherungstechnik von Betriebszentralen über Stellwerke und den Zugfunk bis hin zum einzelnen Signal bezieht, ist aus Sicht der Verkehrsunternehmen essenziell.[62]

41. Konzeptionell liegen die geringeren Anreize des Infrastrukturunternehmens zu einer verbesserten Qualität unabhängig von der vertikalen Struktur des marktbeherrschenden Unternehmens vor. Der Infrastrukturbetreiber hätte insbesondere auch im Falle einer vertikalen Trennung von den Unternehmen im Schienenverkehrsmarkt weniger Anreize, die Qualität der Infrastruktur zu verbessern. Das erstrebenswerte Qualitätsniveau, welches in dem hypothetischen Fall von Wettbewerb im Infrastrukturbereich zu erwarten wäre, würde somit von dem als natürliches Monopol agierenden Infrastrukturunternehmen auch im Fall einer vertikalen Trennung aus eigenem Antrieb nicht erreicht werden.

42. Um den fehlenden Wettbewerbsdruck auf dem Markt der Schieneninfrastruktur und das damit fehlende Unternehmensinteresse zur Verbesserung der Leistungen auszugleichen, sollten Anreize für eine Steigerung der Qualität des Schieneninfrastrukturbetriebs regulatorisch gesetzt werden. Damit folgt die Notwendigkeit einer Qualitätsregulierung, deren Ausgestaltung ein effizientes Ergebnis für die Infrastruktur induzieren kann.

43. Während hinsichtlich der Trassenpreissetzung mit dem Eisenbahnregulierungsgesetz (ERegG) im Jahr 2016 für den Betreiber der Schienenwege ein allgemeines Anreizsystem zur Kostensenkung eingeführt wurde (vgl. Tz. 112, ff.), bestehen zur Qualitätsregulierung derzeit nur vereinzelt Maßnahmen, welche teils bundesgesetzlich, teils durch die Länder umgesetzt werden. So wurde hinsichtlich des Finanzierungsvolumens für die Infrastruktur die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) zwischen DB AG und Bund abgeschlossen, die sanktionsbewehrte Qualitätskennzahlen zur Überprüfung von Ersatz- und Instandhaltungsmaßnahmen beinhaltet. Darüber hinaus gibt es unterschiedliche Maßnahmen, die auf eine Verbesserung weiterer Qualitätsmerkmale im Eisenbahnbereich abstellen. Besonders relevant hinsichtlich der Infrastruktur ist von diesen die Pünktlichkeit, d. h. die pünktliche Bereitstellung der Strecken, bzw. Gleise, der fahrplangemäßen Ein- und Ausfahrt in bzw. aus Bahnhöfen und der in regelmäßigen Abständen erfolgenden Wartung. Pünktlichkeit ist ein wesentliches Kriterium für die Attraktivität und Nutzung von Verkehrsmitteln aus Sicht der Fahrgäste bzw. Kunden und ist somit auch aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen essenziell. Störungen des Zugbetriebs können nicht nur auf die Eisenbahnverkehrsunternehmen, sondern vor allem auch auf den Infrastrukturbetreiber zurückzuführen sein. Um Verbesserungen der Pünktlichkeit zu erreichen, werden Maßnahmen eingesetzt, wie beispielsweise die in den Verkehrsverträgen mit den Aufgabenträgern im SPNV implementierten Bonus-/Malus- wie auch Pönalenzahlungen, leistungsabhängige Bestandteile in den Entgeltregelungen gemäß § 39 Abs. 2 ERegG, welche den Eisenbahnverkehrsunternehmen wie auch dem jeweiligen Betreiber der Schienenwege Anreize zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes bieten und im EU-Recht (insb. VO 1371/2007) und in nationalen Vorschriften (EVO) gesetzlich verankerte und in den Beförderungsbedingungen festgelegte Fahrgastrechte.

---

[62] mofair e.V., Wettbewerber-Report Eisenbahn 2017/2018, Oktober 2017, S. 16.

44. Die Qualitätsregulierung sollte überall dort eingreifen, wo keine Anreize zur Qualitätssteigerung durch Wettbewerb gesetzt werden. Entsprechend der (aufgezeigten) Situation der Infrastruktur bestehen Zweifel, dass die gegebenen regulatorischen Maßnahmen ausreichen, um ein entsprechendes Niveau für den Eisenbahnbereich zu erzeugen. Die Monopolkommission geht im Folgenden auf die bestehenden Anreizmechanismen ein und empfiehlt eine grundlegende Stärkung der qualitätsregulierenden Maßnahmen.

2.2 Ausgestaltung der neuen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV)

45. Im Jahr 2020 soll die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung (LuFV) III in Kraft treten. Gegenstand der LuFV sind Vereinbarungen zwischen dem Bund, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI), und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes (DB Netz AG, DB Station & Service AG und DB Energie GmbH) zur Regelung und Finanzierung von Instandhaltungsaufwendungen und Ersatzinvestitionen für die Schienenwege des Bundes. Rückwirkend zum 1. Januar 2015 trat die LuFV II mit einer Laufzeit von fünf Jahren in Kraft.[63] Die Verteilung der Finanzierungslast zwischen dem Bund und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes erfolgt gemäß § 8 Abs. 1 und 4 Bundesschienenwegeausbaugesetz (BSWAG). So hat die Finanzierung von Ersatzinvestitionen über den Bund zu erfolgen, während für Unterhaltungs- und Instandhaltungsinvestitionen Eigenmittel der Eisenbahninfrastrukturunternehmen aufzuwenden sind. Die Ersatzinvestitionen werden vom Bund über nicht rückzahlbare Baukostenzuschüsse gewährt. Hinsichtlich des Ersatzinvestitionsbedarfs schreibt die LuFV II im gerundeten Durchschnitt über ihre Laufzeit ein Volumen von EUR 4 Mrd.pro Jahr fest. Hiervon entstammt ein Anteil von EUR 3,9 Mrd. aus dem Bundeshaushalt, welcher sich unter anderem aus Dividendenausschüttungen der DB AG und Absenkungen von Bedarfsplaninvestitionen in das Bestandsnetz zusammensetzt. Weitere EUR 0,1 Mrd. pro Jahr sind Eigenmittel der Eisenbahninfrastrukturunternehmen.[64] Zudem verpflichteten sich die Eisenbahninfrastrukturunternehmen für die Instandhaltung der Schienenwege während der Vertragslaufzeit der LuFV II insgesamt EUR 8 Mrd. aufzuwenden.[65] Seit Inkrafttreten der LuFV I ist eine Verstetigung der Zunahme des Finanzierungsvolumens für Ersatz- und Instandhaltungsinvestitionen zu verzeichnen. Der Finanzierungsrahmen der LuFV I sah von 2009 bis 2012 Mittel für Ersatzinvestitionen in Höhe von EUR 2,5 Mrd. jährlich und 2013 sowie 2014 jeweils EUR 2,75 Mrd. vor. Der von den Eisenbahninfrastrukturunternehmen geleistete Beitrag zur Instandhaltung der Schienenwege war in der LuFV I mit EUR 500 Mio. jährlich festgeschrieben.[66] Eine Fortsetzung dieses langfristigen Trends in der LuFV III ist gerade vor dem Hintergrund infrastrukturbedingter Pünktlichkeitseinbußen zu erwarten. So gibt es Verlautbarungen seitens der DB AG, dass bis zum Jahr 2025 eine Erhöhung der Zuwendungen des Bundes für Ersatzinvestitionen auf bis zu EUR 7 Mrd. jährlich gefordert werde.[67]

46. Als Gegenleistung für die im Rahmen der LuFV gezahlten Infrastrukturbeiträge des Bundes verpflichten sich die Eisenbahninfrastrukturunternehmen, die Schienenwege in einem qualitativ hochwertigen Zustand zu erhalten und zu verbessern. Die Leistung der Bundesmittel erfolgt qualitätsorientiert und ist nicht maßnahmengebunden. Die Bemessung der Qualität der Schienenwege erfolgt ausschließlich anhand sanktionsbewehrter Qualitätskennzahlen (QKZ). Diese Kennzahlen werden im durch die DB AG jährlich vorzulegenden Infrastrukturzustands- und Entwicklungsbericht (IZB) veröffentlicht. Für die QKZ sind in der LuFV jährliche Zielvorgaben formuliert, die der Prüfung durch das Eisenbahnbundesamt (EBA) unterliegen.[68] Bei einer Nichteinhaltung der vertraglich vereinbarten Zielvereinbarungen über die QKZ entsteht dem Bund ein Anspruch auf Rückforderungen.[69] Die nicht an spezifische Maßnahmen gebundene pauschale

---

[63] Siehe Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II (LuFV II) zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DB Netz AG, der DB Station und Service AG, der DB Energie GmbH sowie der Deutschen Bahn AG.

[64] Siehe Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II, a. a. O., § 2b Bedarf und Finanzierung. Die Finanzierung des Ersatzinvestitionsbedarf folgt einer aufsteigenden Staffelung beginnend in einer Höhe von EUR 3,739 Mrd. im Jahr 2015 bis zu einer Höhe von EUR 4,335 Mrd. im Jahr 2019.

[65] Siehe ebenda, § 4, Mindestinstandhaltungsbeitrag der EIU.

[66] Siehe Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung I (LuFV I) zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der DB Netz AG, der DB Station und Service AG, der DB Energie GmbH sowie der Deutschen Bahn AG.

[67] Vgl. Bartz, T., Traufetter, G., (2018) Notfahrplan, Der Spiegel, Nr. 47, S. 69 ff.

[68] Siehe Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II, a. a. O., Anlage 13.3.

[69] Siehe ebenda, §17.

Mittelzuwendung durch den Bund soll das Ziel verfolgen, eine wirtschaftlichere und kosteneffizientere Verwendung der Mittel durch unternehmerisches Handeln der Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu gewährleisten.[70] Verlautbarungen aus dem BMVI zufolge soll die Systematik der pauschalen Mittelverwendung mit einer Erfolgskontrolle anhand von Maßgaben hinsichtlich der QKZ auch in der Ausgestaltung der LuFV III aufrechterhalten werden.[71] Die Monopolkommission sieht in der aktuellen Systematik der LuFV potenzielle Fehlanreize, welche in einer Verschlechterung der Qualität der Infrastruktur resultieren können. Bei der Ausarbeitung von Neufassungen der LuFV kann die DB-Gruppe zudem Spielräume nutzen. Diese haben zwar eine regulierungsrechtlich unbedenkliche Mittelzuweisung zur Folge. Allerdings kann ihre Ausnutzung wettbewerbsrechtliche Bedenken hervorrufen, worauf später getrennt näher einzugehen ist.[72] Eine Überarbeitung der LuFV und der Regelung zur Finanzierung von Instandhaltungs- sowie Ersatzinvestitionen erscheint daher aus wirtschaftlichen wie auch aus rechtlichen Gründen notwendig.

2.2.1 Qualitätsorientierte Steuerung der eingesetzten LuFV-Mittel erhöhen

47. Es liegt im zentralen Interesse des Staates, dass finanzielle Zuwendungen des Bundes zum Erhalt der Schienenwege zum Wohl der Allgemeinheit eingesetzt werden und dass den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen Rechnung getragen wird. Dies ist mit besonderen Anforderungen an die Ausgestaltung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung verbunden. So muss die vertragliche Ausgestaltung garantieren, dass den Eisenbahninfrastrukturunternehmen die richtigen Anreize für einen nachhaltigen Erhalt der Schienenwege unter wirtschaftlicher Verwendung der Finanzierungsmittel gesetzt werden. Hinsichtlich der mit dem Erhalt der Schienenwege einhergehenden Baumaßnahmen ist nachteiligen Effekten auf den inter- und intramodalen Wettbewerb auf den Eisenbahnverkehrsmärkten entgegenzuwirken. Nach Auffassung der Monopolkommission erfüllt die Systematik der aktuellen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung diese Anforderungen nicht. Sie ist ursächlich für Fehlanreize, die aus Informationsasymmetrien zwischen dem Bund und der DB AG resultieren.

48. Ein erster Fehlanreiz für die Infrastrukturbetreiber ergibt sich aus der pauschalen Mittelverwendung der LuFV. So kann unterstellt werden, dass nach Abschluss der Vereinbarung die Eisenbahninfrastrukturunternehmen den Anreiz haben, Ersatzinvestitionen im Hinblick auf eine kurzfristige Maßgabenerfüllung zu tätigen und damit einen nachhaltigen Erhalt der Schienenwege zu vernachlässigen. Ursächlich dafür ist, dass sich anhand der sanktionsbewehrten Qualitätskennzahlen (QKZ) lediglich unzureichend unterscheiden lässt, welche Ersatzinvestitionen tatsächlich getätigt wurden. Auch verleitet die Finanzierungsteilung zwischen Bund und den Infrastrukturbetreibern dazu, Instandhaltungsarbeiten zu unterlassen, um die später notwendigen Ersatzinvestitionen aus Bundesmitteln finanzieren zu können. Dieser Fehlanreiz wird dadurch gesetzt, dass die vom Bund finanzierten Ersatzinvestitionen als nicht rückzahlbare Baukostenzuschüsse gewährt werden. Für beide Fehlanreize ursächlich ist allerdings, dass es die Systematik der sanktionsbewehrten QKZ dem Bund nicht erlaubt, den tatsächlichen Zustand der Schieneninfrastruktur adäquat zu erfassen.

49. In seinem jüngsten Sonderbericht über die Ziele des Bundes bei den Verhandlungen mit der DB AG über die Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung, konstatiert der Bundesrechnungshof, dass die Systematik der sanktionsbewehrten QKZ zu oberflächlich sei, um die Qualität des Schienennetzes akkurat abzubilden.[73] Eine ausschließliche Beurteilung des qualitativen Zustands anhand der in § 13 LuFV II festgesetzten QKZ enthielte dem Bund notwendige Informationen über den tatsächlichen Zustand der Eisenbahninfrastruktur vor. Grund hierfür sei, dass auf Grundlage der QKZ „Theoretischer Fahrzeitverlust“ und „Anzahl Infrastrukturmängel“ nach den Maßgaben der LuFV I 97 % des Schienennetzes als frei von Mängeln gelte.[74] Über den tatsächlichen Zustand des als mängelfrei geltenden Anteils des Schienennetzes könne hieraus allerdings nicht geschlossen werden. Die DB AG attestiert in ihrem Infrastrukturzustands- und Entwicklungs-

---

[70] Siehe ebenda, Präambel 5.

[71] Siehe Ferlemann, E., (2018) Investitionen in die Eisenbahninfrastruktur und Ausblick auf die LuFV III, Bahn Manager, 31.7.2018.

[72] Siehe Abschn. 3.3.1.

[73] Vgl. Bundesrechnungshof, Bericht nach § 99 BHO über die Ziele des Bundes bei den Verhandlungen mit der Deutschen Bahn AG über eine dritte Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung für die bestehende Eisenbahninfrastruktur. Bonn, 7. Dezember 2018.

[74] Siehe ebenda, Abs. 3.1.2.: So lag ein Mangel im Sinne dieser QKZ in der LuFV I erst dann vor, wenn dieser länger als 180 Tage bestand. In der LufV II wurde dieser Zeitraum auf 100 Tage verkürzt.

bericht 2017 der überwiegenden Mehrheit der QKZ in ihrem Verlauf einen langfristigen Verbesserungstrend.[75] Dies steht allerdings im Gegensatz zu einem trotz steigender Bundeszuschüsse stetig zunehmenden Nachholbedarf bei der erneuerungsbedürftigen Infrastruktur. Gemäß dem Bericht des Bundesrechnungshofs ist dies als Indikator für eine Abnahme der Infrastrukturqualität zu werten.[76] So bestünde unter den aktuellen QKZ die Gefahr, dass sich der Zustand der Infrastruktur verschlechtere, obwohl die QKZ das Gegenteil suggerierten.[77] Es sei hierbei insbesondere problematisch, dass das Niveau des Nachholbedarfs von keiner QKZ erfasst werde.[78] Die Monopolkommission teilt die Einschätzung des Bundesrechnungshofs, dass die aktuellen QKZ den Zustand des Schienennetzes unzureichend abbilden. Somit ist es dem Bund, dem im Rahmen der staatlichen Daseinsvorsorge die Infrastrukturverantwortung obliegt, nur schwer möglich, Erneuerungs- und Instandhaltungsmaßnahmen hinsichtlich ihres Nutzens für das Bestandsnetz zu bewerten.

50. Auch führt eine unzureichende Abbildung der Infrastrukturqualität dazu, dass mittel- und langfristige Mehrbedarfe für die Erneuerung der Eisenbahninfrastruktur unkalkulierbar werden. Besondere Risiken für den Bundeshaushalt resultieren dabei aus der Abhängigkeit der Finanzierungsquellen der Bundesmittel von der wirtschaftlichen Lage der DB AG. So sieht der im Rahmen der LuFV II vereinbarte „Finanzierungskreislauf 2.0“ vor, dass alle Nachsteuergewinne der Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes als Bestandteil der Dividende an den Bund ausgeschüttet werden, damit der Bund diese für Investitionen in das Bestandsnetz wieder vollständig bereitstellt.[79] Bereits 2014 wies der Bundesrechnungshof darauf hin, dass im Fall einer zunehmend schwierigen Finanzlage der DB AG der Bund auch für die eingeplanten Dividendenbeträge der DB AG einstehen müsse.[80] Tatsächlich sind aktuell aufgrund des hohen Schuldenstandes der DB AG Dividendenzahlungen gestundet. Dies betrifft sowohl die von der DB AG auszuschüttende Grunddividende als auch die Nachsteuerergebnisse der Infrastrukturgesellschaften des Bundes, die über den „Finanzierungskreislauf 2.0“ zwischen der DB AG und dem Bund wieder vollständig als Baukostenzuschüsse für Ersatzinvestitionen in die Infrastruktur zurückfließen sollen.[81] Diesbezüglich ist kritisch anzumerken, dass im Vertragswerk der LuFV II die Baukostenzuschüsse des Bundes zur Durchführung von Ersatzinvestitionen als verpflichtende Zahlungen erfasst sind, während

---

75 Siehe Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung. Infrastrukturzustands- und Entwicklungsbericht 2017. DB AG, April 2018, S. 10 f.

76 Exemplarisch für eine Anlagenklasse mit hohem Nachholbedarf sind laut Bundesrechnungshof die Eisenbahnbrücken. So sei trotz der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen der Nachholbedarf kontinuierlich angestiegen, so dass laut BMVI eine präventive Instandhaltung der Brücken angesichts vieler Mängel und schlechter Zustandsnoten nicht mehr ausreichend sei. Um dieses Problem zu beheben wurde das Vertragswerk der LuFV II um die QKZ „Zustandskategorie voll- und teilerneuerte Brücken“ (ZuB) ergänzt. Die QKZ gibt vor, dass in der Laufzeit der LuFV II Voll- und Teilerneuerungen an beziehungsweise von mindestens 875 Brückenbauwerken als Ersatzinvestitionen zu erfolgen haben; Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II, a. a. O., S. 15. Allerdings kritisiert der Bundesrechnungshof, dass die Anzahl der über die QKZ als sanierungsbedürftig erfassten Brückenbauwerke viel zu niedrig angesetzt sei um einen Ausgleich des Nachholbedarfs zu erreichen; Bundesrechnungshof, a. a. O., S. 12 ff.

77 Eine weitere Abnahme der Infrastrukturqualität kann die gesamtwirtschaftliche Leistung in direkter Weise beeinträchtigen und birgt daher große ökonomische Risiken. So gibt die DB AG an, dass der bereits bestehende Investitionsrückstau trotz steigender Zuschüsse vorerst weiter anwachse. Erst mittelfristig könne eine Reduzierung des Nachholbedarfs erreicht werden. Dies würde allerdings voraussetzen, dass das Investitionsvolumen gegenüber dem Niveau des Geltungszeitraums der LuFV II angehoben würde; Infrastrukturzustands- und Entwicklungsbericht, a. a. O., S. 68: Die DB AG führt den steigenden Nachholbedarf im Besonderen auf gestiegene Beschaffungskosten zurück. Dem widerspricht der Bundesrechnungshof mit dem Hinweis darauf, dass der Ersatzbedarf während der Vertragslaufzeit der LuFV I und II nicht an die Entwicklung der Inflation angepasst wird. So sollen Preissteigerungen von den Eisenbahninfrastrukturunternehmen über Effizienzgewinne ausgeglichen werden; Bundesrechnungshof, a. a. O., S. 10 und Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II, a. a. O., Präambel sowie Präambel 6, Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II, a. a. O.

78 Vgl. Bundesrechnungshof, a. a. O., S. 10.

79 Siehe § 2a, Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II, a. a. O.

80 Vgl. Zentner, A., Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II (LuFV II) zwischen dem Bund und der Deutschen Bahn AG, Anhörung des Haushaltsausschusses des Deutschen Bundestages am 3. Dezember 2014 in Berlin.

81 Vgl. u.a. Böttger, C., Deutsche Bahn in der Dauerkrise, Wirtschaftsdienst, Heft 1, Januar 2019. Im Jahr 2017 beschloss der Bund für vier Jahre auf die Grunddividende der DB AG in Höhe von EUR 350 Mio. p.a. zu verzichten. Zusätzlich wurde ein Eigenkapitalzuschuss über EUR 1 Mrd. gewährt. Zu insbesondere auch den beihilferechtlichen Aspekten eines Dividendenverzichts und einer Eigenkapitalerhöhung, vgl Kapitel 4.2.2.1 und 4.2.2.2 in diesem Gutachten.

insbesondere die Ausschüttung der Nachsteuerergebnisse der Infrastrukturgesellschaften an den Bund lediglich als geplante Dividendenzahlungen festgehalten sind.[82]

51. Eine mangelhafte Eignung der QKZ als Bemessungsgrundlage für die Infrastrukturqualität führt unweigerlich zu einer asymmetrischen Informationsverteilung zwischen dem Bund und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen hinsichtlich der Durchführung von Ersatzinvestitionen. Verbunden mit dem in der LuFV verfolgten gesamthaften Ansatz der Mittelverwendung, welcher den Eisenbahninfrastrukturunternehmen die Baukostenzuschüsse für Ersatzinvestitionen zur eigenverantwortlichen Verwendung überlässt, resultiert ein Fehlanreiz, der hohe volks- und betriebswirtschaftliche Kosten zur Folge haben kann.[83] So lassen die QKZ zwar erkennen, ob eine gewisse Maßgabe erfüllt wurde, allerdings lassen sich daraus kaum Rückschlüsse ziehen, ob Mängel lediglich notdürftig oder nachhaltig beseitigt wurden. Als Beispiel hierfür sei die Qualitätskennzahl „Theoretischer Fahrzeitverlust Gesamtnetz“ genannt, welche der Bemessung von längeren Fahrzeiten dient, die durch Mängel an der Infrastruktur verursacht wurden. Einer Verlangsamung des Schienenverkehrs kann allerdings eine Vielzahl von Mängeln an der Infrastruktur zugrunde liegen, deren Beseitigung mit stark divergierenden Kosten und Aufwandsintensitäten verbunden ist. So sind Mängel am Gleiskörper vergleichsweise schnell und günstig zu beheben, während insbesondere Erneuerungsarbeiten an Brücken oder Tunnelanlagen oft längere Zeit in Anspruch nehmen und dementsprechend hohe Kosten verursachen. Der Fehlanreiz für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen besteht in diesem Zusammenhang darin, die Beseitigung wenig kostenintensiver Mängel mit dem Ziel einer kurzfristigen Maßgabenerfüllung zu priorisieren. Im Gegensatz dazu sei unterstellt, dass es im Interesse des Bundes liegt, Anreize dafür zu setzen, Erneuerungsinvestitionen nach Kriterien der Nachhaltigkeit durchzuführen. Zur Auflösung der Informationsasymmetrie und des daraus resultierenden Fehlanreize ist es aus Sicht der Monopolkommission daher unter Beibehaltung des gesamthaften Ansatzes der LuFV unerlässlich, die Systematik der QKZ dahingehend zu erweitern, dass es diese zweifelsfrei erlaubt, den qualitativen Zustand des Schieneninfrastruktur exakt darzustellen.[84]

52. Die LuFV ist vordergründig eine Regulierungsvereinbarung, die auf den qualitativen Zustand des Schienennetzes abstellt. So sollen Qualitätsanreize über die Androhung von Vertragsstrafen bei Verfehlungen der Maßgaben der QKZ gesetzt werden. Jedoch lassen sich aus diesen Qualitätsanreizen keine Anreize zur kosteneffizienten Verwendung der Finanzierungsmittel ableiten. Zwar schreibt § 9 LuFV II eine wirtschaftliche Verwendung der Mittel vor, das jedoch ohne eine weitere Konkretisierung der Vorgabe. Die Monopolkommission erachtet das Fehlen von Effizienzvorgaben als signifikanten Schwachpunkt der LuFV. Dadurch ist nicht nur zu befürchten, dass die Anreizsetzung zur Kostensenkung in der Entgeltregelung in erheblichem Maß konterkariert wird, sondern auch dass die Bundesmittel, welche der DB Netz AG zur eigenverantwortlichen Verwendung überlassen werden, in ineffizienter Weise ausgegeben werden.[85] Die Monopolkommission sieht daher einen dringenden Bedarf, die LuFV neben Qualitätsvorgaben auch stärker an Effizienzvorgaben auszurichten.

53. Ein weiterer Fehlanreiz, der auf der Informationsasymmetrie zwischen dem Bund und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen basiert, resultiert aus dem durch das Bundesschienenwegeausbaugesetz rechtlich vorgegebenen Finanzierungsplan für Instandhaltungsaufwendungen und Ersatzinvestitionen. So sind gemäß § 8 Abs. 1 und 4 BSWAG die Ersatzinvestitionen durch den Bund zu finanzieren, während Instandhaltungsinvestitionen aus Eigenmitteln der Eisenbahninfrastrukturunternehmen zu tätigen sind. Aus dieser Aufteilung der Finanzierungslast entsteht für die Infrastrukturbetreiber der Anreiz, die Instandhaltung der Infrastruktur zu vernachlässigen, um dann notwendige Erneuerungen

---

[82] §§ 2 und 2a LuFV II.

[83] Vor Inkrafttreten der LuFV I im Jahr 2009 wurden Bundesmittel für Ersatzinvestitionen über maßnahmenbezogene Finanzierungsvereinbarungen zur Verfügung gestellt.

[84] Der Bundesrechnungshof empfiehlt im Hinblick auf zukünftige Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen die Aufnahme einer QKZ „Gleislage“, die auf Daten basiert, die über Fahrten mit Messzügen erhoben werden. Ziel müsse sein, „aussagekräftige, vollständige und verlässliche Informationen über den Zustand des Schienennetzes“ zu erhalten. Vgl. Bundesrechnungshof, a. a. O, S. 12.

[85] Vgl. Tz. 138 ff.: Die in der LuFV vertraglich festgesetzten Mindestbeiträge, welche vom Betreiber der Schienenwege zu finanzieren sind, gehen über Vollkostenaufschläge in die Bemessung der Zugangsentgelte ein. Aufgrund des Tatbestandes der qualifizierten Regulierungsvereinbarung (§ 29 Abs. 5 ERegG) sind diese Mittel von der Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung nach § 25 ERegG zu entnehmen. Die Monopolkommission empfiehlt daher, diese Mittel an Kosten der effizienten Leistungserbringung auszurichten.

mit Bundesmitteln zu finanzieren.[86] Ursächlich für diesen Fehlanreiz ist im Besonderen, dass der Bund die in der LuFV festgesetzten Ersatzinvestitionen als nicht rückzahlbaren Baukostenzuschuss bereitstellt. Hinzu kommt auch hier die Problematik, dass eine reine Erfüllung der auf den sanktionsbewehrten QKZ basierenden Maßgaben keine Bewertung von Instandhaltungsarbeiten hinsichtlich ihrer Nachhaltigkeit zulässt.

54. Als Folge einer Vernachlässigung von Instandhaltungsarbeiten müssen Ersatzinvestitionen vorgezogen werden, die bei entsprechender Instandhaltung erst in mittlerer oder langer Frist fällig geworden wären. Für tatsächlich unumgängliche Ersatzinvestitionen fehlen damit nötige Finanzierungsmittel. Somit wird der Finanzierungsbedarf unnötig erhöht und der bereits hohe Nachholbedarf wächst weiter an. Zur Beseitigung dieses Fehlanreizes für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen bedarf es nicht unbedingt einer strengeren und konkreteren Qualitätskontrolle. Aus Sicht der Monopolkommission sollten die richtigen Anreize vielmehr über eine grundsätzliche Neugestaltung der Aufteilung der Finanzierungslast zwischen dem Bund und den Eisenbahninfrastrukturunternehmen oder über eine Umgestaltung des Finanzierungsplans für Ersatzinvestitionen durch den Bund gesetzt werden. So könnte die Trennung der Zuständigkeiten hinsichtlich der Finanzierung zugunsten eines Modells, in dem der Bund und die Eisenbahninfrastrukturunternehmen sich in gleicher Relation an der Finanzierung von Instandhaltungs- und Erneuerungsmaßnahmen beteiligen, aufgegeben werden. Gegebenenfalls müsste dies mit einer Abänderung des § 8 BSWAG einhergehen. Weiterhin könnte der Anreizproblematik dadurch begegnet werden, dass Ersatzinvestitionen vom Bund über unverzinsliche Darlehen anstatt über nicht rückzahlbare Baukostenzuschüsse finanziert würden. Allerdings scheint ein solcher Paradigmenwechsel hinsichtlich der Finanzierung von Ersatzinvestitionen vor dem Hintergrund des aktuellen Schuldenstandes der DB AG kaum realisierbar.

55. Im Hinblick auf die in der LuFV verankerten Anreize ist es zudem fraglich, ob bei einer Nichterfüllung der Maßgaben der QKZ die Sanktionen ihre gewünschte Anreizwirkung entfalten. So kritisiert der Bundesrechnungshof, dass die Sanktionen im Verhältnis zu den Bundesmitteln zu gering sowie eher symbolischer Natur seien und somit ihre beabsichtigte Wirkung verfehlten.[87] Zudem ist nach Ansicht der Monopolkommission zu hinterfragen, ob eine Pönalisierung durch den Bund über Rückforderungen von Baukostenzuschüssen vor dem Hintergrund der alleinigen Eigentümerschaft der DB AG durch den Bund überhaupt zur Anreizsetzung geeignet ist. So kann unterstellt werden, dass Pönalisierungen nicht unbedingt im Bundesinteresse liegen, da diese den abführungspflichtigen Gewinn der Eisenbahninfrastrukturunternehmen mindern, welcher wiederum über die Dividendenausschüttungen der DB AG in die Finanzierung der Bundesmittel für Ersatzinvestitionen eingeht. So müsste der Bund im Zweifel für die an ihn abgeführten Pönalzahlungen aufkommen, und Rückforderungen wären im Finanzierungskreislauf zwischen DB AG und Bund neutral. Eine wirksame Anreizsetzung würde somit nicht erreicht. Die Monopolkommission empfiehlt daher die Verankerung alternativer Sanktionsmechanismen, die einem weniger einseitigen Ansatz folgen. So ist in diesem Kontext anzunehmen, dass Sanktionsmechanismen effektiver auf der operativen Ebene greifen, zum Beispiel über eine Koppelung der Vorstandsvergütung an die Maßgabenerfüllung der QKZ. Anderenfalls bliebe lediglich die Möglichkeit, die LuFV wieder zu einer Systematik zurückzuführen, in der Bundesmittel stärker an Maßnahmen gebunden werden, deren exakte Prüfung hinsichtlich ihrer Wirksamkeit und Nachhaltigkeit beispielsweise dem Eisenbahnbundesamt unterläge.

2.2.2 Maßnahmen zum kapazitätsschonenden Bauen sollte Rechnung getragen werden

56. Die staatlichen Zuwendungen über die LuFV sind derzeit nicht an Maßnahmen des kapazitätsschonenden Bauens gekoppelt. Bei einer weiteren Verstetigung der Bautätigkeit sind entsprechende Vorgaben unumgänglich, um ein bedarfsgerechtes Verkehrsangebot zu gewährleisten und eine Beeinträchtigung des Wettbewerbs auf den Eisenbahnverkehrsmärkten zu verhindern. Die Monopolkommission regt an, die LuFV um einen entsprechenden Passus zum kapazitätsschonenden Bauen zu ergänzen.

57. Im Rahmen der zukünftigen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung ist zu erwarten, dass die Zuwendungen des Bundes nochmals deutlich erhöht werden. In den kommenden Jahren ist somit ein steter Anstieg der Bautätigkeit zu erwarten. Damit verbunden sind besondere Anforderungen an das Baustellenmanagement der Infrastrukturbetreiber

[86] Vgl. hierzu auch ebenda, S. 15 f.

[87] Vgl. Bundesrechnungshof, a. a. O., S. 16 f. Zudem sind Pönalen bei mehrfacher Verfehlung auf einen Höchstbetrag begrenzt.

des Bundes. Hierzu wurde der „Runde Tisch Baustellenmanagement“ ins Leben gerufen. Um eine für die Eisenbahnverkehrsunternehmen und somit auch für die Fahrgäste möglichst schonende Durchführung von Bautätigkeiten gewährleisten zu können, bedarf es besonderer Regelungen hinsichtlich der Planung, Kommunikation und Ausführung von Baumaßnahmen. Hierbei ist es zu empfehlen, entsprechende Regelungen auch in der vertraglichen Ausgestaltung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung zu verankern. Eine erhöhte Bautätigkeit erschwert die Situation der Eisenbahnverkehrsunternehmen im intermodalen Wettbewerb. Sowohl im Schienengüterverkehr als auch im Schienenpersonenverkehr ist bei einer Verstetigung der Bautätigkeit im Schienennetz zu befürchten, dass Kunden längerfristig auf den Verkehrsträger Straße ausweichen. Weiterhin ist zu berücksichtigen, dass eine Erhöhung der Bautätigkeit mit hohen finanziellen Belastungen im Besonderen für die nichtbundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen einhergeht.[88] Zur Wahrung effektiven Wettbewerbs im SPNV und im SGV ist es damit unumgänglich, bei der Durchführung von Bautätigkeiten auch den betriebswirtschaftlichen Risiken für die Eisenbahnverkehrsunternehmen Rechnung zu tragen.

58. In Bezug auf die finanzielle Belastung im Zusammenhang mit Baumaßnahmen bestehen hinreichende Unterschiede zwischen den einzelnen Verkehrssegmenten. Kommt es im SPNV zu baubedingten Zugausfällen und Verspätungen, sind die Eisenbahnverkehrsunternehmen in besonderem Maße durch Erlösausfälle aufgrund wegfallender Bestellentgelte und Pönalzahlungen belastet. Die überwiegende Anzahl der Verkehrsverträge zwischen den Aufgabenträgern und den Eisenbahnverkehrsunternehmen berücksichtigt keine Vergütung baustellenbedingter Zugausfälle. Ebenso selten finden sich vertragliche Regelungen hinsichtlich der Minderung von Pönalen bei baustellenbedingten Verspätungen.[89] Im SPFV stammt ein Großteil der baustellenbedingten Belastungen aus wegfallenden Kundenumsätzen. Eisenbahnverkehrsunternehmen des Schienengüterverkehrs sind hingegen vor allem durch Mehraufwandskosten aus Fahrzeitverlängerungen belastet. Die daraus resultierenden Folgen sind segmentübergreifend finanzielle Unsicherheiten für die Eisenbahnverkehrsunternehmen.[90] Dies bleibt im Besonderen vor dem Hintergrund relevant, dass die Genehmigung eines Anreizsystems zur Verbesserung der Qualität und der Prozesstreue zwischen der DB Netz AG und den Eisenbahnverkehrsunternehmen durch die Bundesnetzagentur weiterhin aussteht.[91]

59. Die Monopolkommission unterstützt daher die Forderung des „Runden Tisch Baustellenmanagement“, vertragliche Vereinbarungen zum kapazitätsschonenden Bauen in der LuFV zu verankern.[92] Eine ausschließliche Betrachtung betriebswirtschaftlicher Kennzahlen der Bautätigkeiten impliziert eine möglichst schnelle Durchführung, die oft mit Totalsperrungen der betroffenen Streckenabschnitte einhergeht. Die Folge ist, dass die durch die Bautätigkeit bereits verursachten Nutzeneinbußen bei den Fahrgästen und die finanziellen Belastungen für die Eisenbahnverkehrsunternehmen zusätzlich verstärkt würden. Langfristig stiegen dadurch die negativen Auswirkungen auf die Situation der Schienenverkehre im inter- und intramodalen Wettbewerb in erheblichem Maße. Zwar verpflichtet § 9 Abs. 1 LuFV II die Eisenbahninfrastrukturunternehmen „den Infrastrukturbeitrag des Bundes sowie die tatsächlich gezahlte zusätzliche Dividende der DB AG unter Beachtung des haushaltsrechtlichen Grundsatzes der wirtschaftlichen und sparsamen Mittelverwendung einzusetzen“, allerdings sollten hierzu in Bezug auf neue Leistungs- und Finanzierungsvereinbarungen, zur Wahrung einer wettbewerblichen Marktstruktur durch kapazitätsschonendes Bauen, Ausnahmeregelungen gelten. Der Forderung des „Runden Tisch Baustellenmanagement“, Mehrbedarfe für kapazitätsschonendes Bauen bei der Bemessung der Mittelzuwendung des Bundes zu berücksichtigen, sollte prinzipiell Rechnung getragen werden. Allerdings ist dabei sicherzustellen, dass eine genaue Abwägung zwischen den betriebswirtschaftlichen Kosten von Kapazitätsmaßnahmen und de-

---

[88] Für die Jahre 2014 bis 2016 wurde für die finanzielle Belastung der EVU über alle Verkehrsarten ein Wert in Höhe von EUR 248 Mio. pro Jahr ermittelt. Vgl. Runder Tisch Baustellenmanagement, Schlusserklärung - Dokumentation, Finale Fassung, Stand 20.02.2018.

[89] Zwischen den Jahren 2014 und 2016 verursachten wegfallende Bestellentgelte 19,4 Prozent und Pönalen 25 Prozent der gesamten baustellenbedingten Belastungen im SPNV. Vgl. ebenda.

[90] Vgl. ebenda.

[91] Vgl. Tz. 84, ff.

[92] Vgl. ebenda. Die in der Dokumentation des Runden Tisches Baustellenmanagement formulierte Kernforderung in Bezug auf die LuFV III betrifft eine Berücksichtigung von Mehrkosten der DB Netz AG für Maßnahmen des kapazitätsschonenden Bauens bei der Bemessung der Bundesmittel für Ersatzinvestitionen. Darüber hinaus soll bis zum Inkrafttreten der LuFV III eine Vorschaltvereinbarung die Abdeckung von Mehrkosten regeln.

ren volkswirtschaftlichem Nutzengewinn erfolgt. Vorstellbar wäre, dass entsprechende Erhöhungen des Finanzierungsvolumens maßnahmengebunden gewährt werden, wobei die einzelnen Baumaßnahmen einer Prüfung hinsichtlich der Kosten und Nutzen einer kapazitätsschonenden Bauweise unterlägen.

2.3 Anreize für mehr Pünktlichkeit

60. Neben der Erneuerung, Erweiterung und Instandhaltung der bestehenden Schieneninfrastruktur ist die Vermeidung von Störungen im Betriebsablauf ein wesentliches Qualitätskriterium, dessen Ausmaß vom Infrastrukturbetreiber beeinflusst werden kann. Anreizprobleme hinsichtlich der Pünktlichkeit beziehen sich auf Eisenbahnverkehrsunternehmen aber insbesondere auch auf das Schieneninfrastrukturunternehmen, welches als natürliches Monopol ohne weitere regulatorische Maßnahmen prinzipiell weniger Interesse an einer pünktlichen Bereitstellung der Infrastruktur haben dürfte, als es in einem wettbewerblich ausgestalteten System zu erwarten wäre.[93] Diese Problematik verdeutlicht sich beispielsweise auch an der Haltung der DB Netz AG, welche sich selbst im Allgemeinen nicht dazu verpflichtet sieht, Schienen zeitlich so zur Verfügung zu stellen, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen den ihnen vorgegebenen Fahrplan erfüllen können.[94] Neben Investitionen zur Entlastung der Engpässe bzw. konfliktbelasteten Trassen sind regulatorische Maßnahmen zur Verbesserung der Pünktlichkeit daher notwendig. Einige sind auch bereits umgesetzt.

61. Zudem werden Verspätungen von den Eisenbahnverkehrsunternehmen verursacht. Diese haben nicht notwendigerweise Anreize, für eine verbesserte Pünktlichkeit zu sorgen. Dies gilt insbesondere für den SPNV. Gerade in Bezug auf die mit den Aufgabenträgern vereinbarten Verkehrsverträge ist bei Bezahlmechanismen ohne jegliche Anreizelemente das Interesse an einer Steigerung der Qualität eher gering ausgeprägt. Hieraus lässt sich schließen, dass es unterschiedliche Ebenen gibt, bei denen durch Anreizelemente eine Verbesserung der Qualität, insbesondere der Pünktlichkeit erzielt werden kann. Im SPFV verfügt die DB-Gruppe zudem über ein Quasi-Monopol, sodass der Wettbewerb hier keine Anreize zur Verbesserung der Pünktlichkeit setzen kann.

62. Pünktlichkeit ist im Vergleich zu vielen weiteren Qualitätsmerkmalen im Eisenbahnbetrieb insbesondere aus Sicht der Nutzer ein relevanter Faktor. Daher ist Pünktlichkeit im Allgemeinen sowie insbesondere die Verhinderung von infrastrukturbedingten Störungen im Spezifischen ein wesentlicher Aspekt in Hinblick auf das politische Ziel, mehr Verkehr auf die Schiene zu verlagern. Sofern das System Schiene aus Sicht der Nutzer nicht attraktiv erscheint, wird auch die finanzielle Förderung des Systems zu keiner Verbesserung des Anteils der Schiene am gesamten Verkehrsaufkommen führen können. Notwendig erscheint vielmehr, eine Erhöhung der Pünktlichkeit über regulatorische Maßnahmen zu erreichen.

2.3.1 Statistische Erfassung von Pünktlichkeit

63. Pünktlichkeit ergibt sich gemäß Art. 3 Nr. 12 VO (EU) 1371/2007 aus dem Vergleich tatsächlicher Ankunfts- und Abfahrtzeiten mit den im Fahrplan vorgegebenen, planmäßigen Ankunfts- und Abfahrtzeiten. Der Fahrplan gibt minutengenau vor, welches Eisenbahnverkehrsunternehmen eine spezifische Strecke zu der jeweiligen Uhrzeit nutzt. Daher ist ein Zug nach der Verordnung grundsätzlich nur dann pünktlich, wenn er die An- und Abfahrtzeiten ebenfalls „auf die Minute genau“ einhält.

64. Die Pünktlichkeit von Zügen kann über verschiedene Verfahren erfasst werden. Eine Möglichkeit sind sog. Zuglaufmeldungen. Bei diesem von der Bahn selbst eingesetzten Verfahren werden an speziellen Messpunkten, die sich auf nahezu allen Strecken des Schienennetzes befinden (z. B. Bahnhof oder Verkehrshalt), die Zeiten gemessen, die ein Zug für seine Durchfahrt tatsächlich benötigt hat. Durch Abgleich der so ermittelten Ist-Daten mit den im Fahrplan hinterlegten Soll-Daten wird ermittelt, ob der Zug den Messpunkt zur fahrplangemäßen Zeit passiert hat (sog. Relativzeit). Die

---

93 Ausschließlich den eigenen Betrieb auf den Schienen durch die DB Fernverkehr AG und DB Regio AG betreffend mag dies gewünscht sein.

94 Vgl. hierzu auch LG Frankfurt am Main, Aktenzeichen 2-27 O 462/16.

Gesamtpünktlichkeit eines Zuges ergibt sich durch die Erfassung der jeweiligen Relativzeiten entlang des gesamten Laufweges.[95] Ein System zur Erfassung der Pünktlichkeit auch außerhalb der Messpunkte ist die GPS-Ortung.[96]

65. Die DB AG selbst weist statistisch nicht die minutengenaue Pünktlichkeit ihrer Züge aus. Stattdessen wird ein Halt als pünktlich gewertet, wenn die planmäßige Ankunftszeit um weniger als 6 bzw. 16 Minuten überschritten wurde (Fünf-Minuten-Pünktlichkeit bzw. 15-Minuten-Pünktlichkeit). Dabei geht ein Zug als „nicht pünktlich" in die statistische Gesamtpünktlichkeit (z. B. Monatspünktlichkeit) ein, wenn er an einem Messpunkt der Strecke die Fünf-Minuten-Grenze überschritten hat – unabhängig davon, ob er sein Ziel letztlich pünktlich erreicht. Die Gesamtpünktlichkeit eines Zuges ergibt sich dann aus dem Verhältnis der pünktlich erreichten Halte zu der Gesamtzahl der Halte des Zuges.

66. Ausgefallene Züge sind gemessen am Fahrplan nicht pünktlich. Denn sie passieren die betreffenden Messpunkte zu den planmäßigen Ankunfts- und Abfahrtzeiten gar nicht. Dennoch werden Komplett- oder Teilausfälle herkömmlich nicht in die zugbezogenen Statistiken der DB AG zur Fünf-Minuten-Pünktlichkeit eingerechnet. Die DB AG verweist insofern darauf, dass es mathematisch schwierig sei, einen Pünktlichkeitswert einem Zug zuzuweisen, der an einer bestimmten Stelle seiner Fahrt ausfällt, und dass auch andere europäische Bahngesellschaften ausgefallene Züge nicht in ihren Statistiken berücksichtigen. Zudem würde eine theoretische Einbeziehung der wenigen ausgefallenen Züge für die Gesamtpünktlichkeit keine wesentliche statistische Abweichung bedeuten.[97] Insgesamt waren im vergangenen Jahr ca. 2,4 Prozent aller Fernverkehrszüge ersatzlos gestrichen worden.[98]

67. Seit März 2019 weist die DB im Fernverkehr zusätzlich eine 15-Minuten-Pünktlichkeit aus.[99] Im Gegensatz zur herkömmlichen Pünktlichkeitsmessung werden hier auch Zugausfälle, Ersatzzüge und nachträgliche Fahrplanänderungen mit einbezogen. Die 15-Minuten-Pünktlichkeit berücksichtigt auch das Funktionieren von Anschlüssen und gewichtet die Pünktlichkeit jener Züge höher, die von vielen Reisenden genutzt werden.[100] Im April 2019 waren beispielsweise 91 Prozent der DB-Fernverkehrszüge nach der 15-Minuten-Definition pünktlich. Gemäß der Fünf-Minuten-Pünktlichkeit handelte es sich um eine Pünktlichkeit von 78,7 Prozent.[101]

68. Nach der Fünf-Minuten-Definition erreichte die DB AG bei der durchschnittlichen Pünktlichkeit im Jahr 2018 nach Eigenangaben nicht ganz das Vorjahresniveau. Im Fernverkehr wurde eine durchschnittliche Jahrespünktlichkeit von 74,9 Prozent für 2018 (gegenüber 78,5 Prozent im Vorjahr) und im Nahverkehr von 94 Prozent ermittelt (gegenüber 94,4 Prozent im Vorjahr), siehe Abbildungen 2.1 und 2.2.[102] Wesentliche Ursache für die unterschiedlichen Pünktlichkeitswerte im Fern- und Nahverkehr sind laut der DB AG die unterschiedlichen Laufwegs- und Haltemuster. Die relativ langen

---

[95] Deutsche Bahn AG, Themendienst Pünktlichkeit: Komplexe Größe zwischen öffentlicher Wahrnehmung und betrieblichen Rahmenbedingungen, 04/2012 CM/MW, S. 1; abrufbar: https://www.deutschebahn.com/resource/blob/1170754/fba6b918410fff5a6640bcab87205c52/Themendienst-Puenktlichkeit-data.pdf .

[96] Vgl. https://www.bahn.de/p/view/service/mobile/zugradar.shtml.

[97] Deutsche Bahn AG, Fragen und Antworten zur Pünktlichkeit (Stand: 14.1.2019), S. 6.

[98] Vgl. bspw. N. N., Ausfälle von Haltestellen – meist liegt es an der Bahn, Handelsblatt Online, 2. März 2019.

[99] Deutsche Bahn AG, Fragen und Antworten zur Pünktlichkeit (Stand: 14.1.2019), S. 5 f.; abrufbar: https://www.deutschebahn.com/resource/blob/1187698/4ec4a0d0470d6389556725b1775e563d/fragenantworten-data.pdf; DB, Themendienst Pünktlichkeit: Komplexe Größe zwischen öffentlicher Wahrnehmung und betrieblichen Rahmenbedingungen, 04/2012 CM/MW, S. 1.

[100] Deutsche Bahn AG, Deutsche Bahn: Bisherige Pünktlichkeitsstatistik bleibt – Mögliche Ergänzung wird mit Kunden, Verbänden und der Politik intensiv besprochen, um jede Art von Missverständnissen zu vermeiden, 13. März 2019; abrufbar: https://www.deutschebahn.com/de/presse/pressestart_zentrales_uebersicht/Deutsche-Bahn-Bisherige-Puenktlichkeitsstatistik-bleibt-Moegliche-Ergaenzung-wird-mit-Kunden-Verbaenden-und-der-Politik-intensiv-besprochen-um-jede-Art-von-Missverstaendnissen-zu-vermeiden-3933532.

[101] Vgl. https://www.deutschebahn.com/de/konzern/konzernprofil/zahlen_fakten/puenktlichkeitswerte-1187696, Abruf am 10. Mai 2019.

[102] Deutsche Bahn AG, Fragen und Antworten zur Pünktlichkeit (Stand: 14.1.2019), S. 1 sowie Antwort der Bundesregierung, auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Matthias Gastel, Stefan Gelbhaar, Stephan Kühn (Dresden), Daniela Wagner und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN – Drucksache 19/2605 – Entwicklung der Zugverspätungen in Deutschland, BT-Drs. 19/3247 vom 5. Juli 2018.

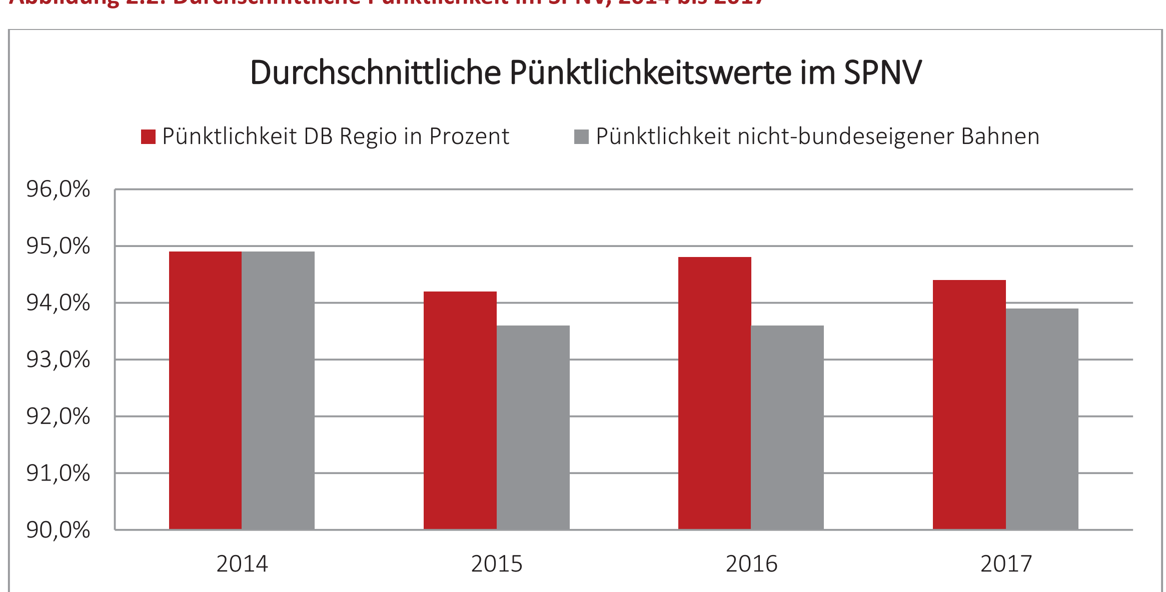
Laufwege des SPFV mit deutlich weniger Halten seien hinsichtlich der Ankunftspünktlichkeit anfälliger als die im Vergleich hierzu kürzeren Wege im SPNV. Zu beachten ist zudem, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV durch die abgeschlossenen Verkehrsverträge mit den Aufgabenträgern sich zu Bonus-/Malus- und Pönalenzahlungen für Verspätungsminuten verpflichten, die im Fernverkehr in dieser Form allgemein nicht existieren.

Abbildung 2.1: Durchschnittliche Pünktlichkeit der DB Fernverkehr AG, 2016 bis 2018

Durchschnittliche Pünktlichkeitswerte der DB Fernverkehr AG
(Fünf-Minuten-Pünktlichkeit)
80,0%
77,5%
75,0%
72,5%
2016
2017
2018

Quelle: BT-Drs. 19/3247, eigene Darstellung.

Abbildung 2.2: Durchschnittliche Pünktlichkeit im SPNV, 2014 bis 2017



Quelle: BT-Drs. 19/3247, eigene Darstellung.

69. Verspätungsminuten lassen sich auf unterschiedliche Ursachen zurückführen. So entstanden im Fernverkehr beispielsweise von Januar bis April 2018 18,8 Prozent der Verspätungsminuten durch allgemein netzbedingte Störungen. Weitere 11,8 Prozent betrafen Störungen an Fahrzeugen und Lokomotiven und 7,9 Prozent gingen auf die Leit- und Sicherungstechnik zurück. 4,0 Prozent der Verspätungen wurden zudem durch Baustellen ausgelöst.[103] Insgesamt lassen

[103] Vgl. Antwort der Bundesregierung, ebenda.

sich mehr als ein Drittel der Verspätungen im Schienenverkehr auf Störungen an der Infrastruktur zurückführen. Daneben ergeben sich zu etwa gleichen Anteilen Störungen durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen mit ihren Zügen und durch äußere Einwirkungen.[104]

70. Hervorzuheben ist, dass die Pünktlichkeit der Züge allenfalls ansatzweise von der Statistik der DB AG erfasst wird. Die Pünktlichkeitswerte werden in der Statistik ausschließlich als monatlicher Durchschnitt angegeben. Jedoch gibt es, mit Ausnahme einzelner Streckenauswertungen, keinen Überblick über die jeweiligen Verspätungen. Angaben zu den Pünktlichkeitswerten der nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen liegen nicht vor. Zudem werden die Verspätungen nicht hinsichtlich ihrer Ursachen untergliedert aufgeführt.

2.3.2 Herstellung von Transparenz

71. Wie in Abschnitt 2.3.1 beschrieben, werden von der DB AG statistische Daten zur (Un-)Pünktlichkeit veröffentlicht. Diese sind jedoch so allgemein gehalten, dass sie für eine Anreizsetzung zur Verbesserung der Pünktlichkeit nicht ausreichen. Der Umfang, in dem der Fahrplan infolge von Unpünktlichkeit nicht eingehalten wird, sollte daher in größerem Umfang als bisher offengelegt werden. Die von der DB-Gruppe selbst erstellte herkömmliche Statistik zur 5-Minuten-Pünktlichkeit schöpft die heutigen Möglichkeiten einer detaillierten Erfassung von Unpünktlichkeiten nicht aus. Die Anpassung für den S-Bahn-Verkehr legt nahe, dass eine minutengenaue Erfassung möglich ist. Die Nichterfassung ausgefallener Züge führt dazu, dass solche Züge als pünktliche Züge behandelt werden, während der Fahrplan in Wirklichkeit nicht oder – bei Teilausfall – zumindest ab einem bestimmbaren Messpunkt nicht mehr erfüllt wird. Auch der Umstand, dass andere europäische Bahnen ebenso wie die DB-Gruppe verfahren, ist kein Argument dafür, an dem statistischen Verfahren der 5-Minuten-Pünktlichkeit festzuhalten.

72. Der Umstand, dass die Anzahl der von den Zugverspätungen betroffenen Fahrgäste nicht erfasst wird, führt außerdem dazu, dass Verspätungen in hoch ausgelasteten Zügen gemessen an der Zahl der verspäteten Fahrgäste zu gering und Verspätungen in wenig ausgelasteten Zügen zu stark gewichtet werden. Allerdings liegt nahe, dass Züge vor allem in Zeiten und auf Strecken mit hoher Frequentierung der Schienenwege verspätet sind. In diesen Fällen besteht auch ein erhöhtes Risiko, dass Fahrgäste infolge einer unpünktlichen Ankunft ihren Anschluss nicht mehr erreichen, sodass sich die individuelle Fahrtzeit erhöht oder die Fahrt ganz abgebrochen wird.

73. Die für den Fernverkehr zusätzlich ermittelte 15-Minuten-Pünktlichkeit lässt nur äußerst grobe Aussagen darüber zu, in welchem Umfang der Fahrplan eingehalten oder verfehlt wird. Zwar bereinigt diese Pünktlichkeitsstatistik immerhin die weiteren Aussagedefizite der herkömmlichen Statistik zur 5-Minuten-Pünktlichkeit in Hinblick auf Zugausfälle, das Funktionieren von Anschlüssen und die Zugauslastung. Allerdings verdeckt sie, dass Fahrgäste bei einer Unpünktlichkeit nach dem 15-Minuten-Maßstab ein erhebliches höheres Risiko haben, eine Anschlussverbindung nicht zu erreichen oder anderweitig in ihren Interessen geschädigt zu werden.

74. Die DB-Gruppe hält bisher an der 5-Minuten-Pünktlichkeit fest und verzichtet darauf, das Verhältnis zwischen dem Fahrplan und seiner tatsächlichen Umsetzung durch die DB-Gruppe möglichst vollständig statistisch zu erfassen und offenzulegen. Ebenso wenig werden die Verspätungsursachen und somit die ursachengerechte Zuordnung von Verspätungen auf die jeweiligen Marktakteure regelmäßig erfasst und zur Verfügung gestellt.[105]

75. Da keine gesetzlichen Regelungen bestehen, dürfte das an dieser Stelle kritisierte Vorgehen sich aus einer eigenen Kosten-Nutzen-Abwägung der DB-Gruppe erklären. Es kann nicht unterstellt werden, dass eine solche Kosten-Nutzen-Abwägung auf Transparenz im Interesse der Allgemeinheit ausgerichtet ist. Mit Blick auf dieses Ziel ist eine gesetzliche Regelung zu empfehlen. Dadurch sollte die DB AG verpflichtet werden, jede Unpünktlichkeit ab der im Fahrplan angegebenen Zeit statistisch zu dokumentieren.

---

[104] Ebenda, S. 2.

[105] Vgl. bspw. mofair e. V., Qualität und Verfügbarkeit der Schieneninfrastruktur erhöhen - die Politik ist gefordert, Februar 2019, S. 6.

2.3.3 Potenzial zur Verbesserung der Pünktlichkeit

76. Die Pünktlichkeit würde verbessert werden, wenn jeder am Verkehr Beteiligte den dadurch Geschädigten für die durch ihn verursachten Störungen in einem für ihn empfindlich spürbaren Umfang Schadenersatz leisten müsste. Konzeptionell sollten die finanziellen Abgaben, welche der Einzelne im Fall einer von ihm verursachten Verspätung zu tätigen hätte, die bei den weiteren Beteiligten entstandenen Schäden widerspiegeln. Auf diese Weise könnten auf Effizienzkriterien basierende Anreize geschaffen werden, um Verspätungen zu vermeiden.

77. Dabei muss es jedoch nicht erstrebenswert sein, ein besonders hohes Pünktlichkeitsniveau durch die Anreizsetzung zu erreichen. Beispielsweise könnten die Kosten zur Vermeidung von Unpünktlichkeit den gesamtwirtschaftlichen Nutzen einer Pünktlichkeitsverbesserung übersteigen. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn sich durch die Anreizsetzung Kosten derart erhöhen würden, dass das Verkehrsangebot in einer ineffizienten Weise reduziert würde. Finanzielle Ausgleichszahlungen für die Verfehlung von Pünktlichkeitszielen zur Anreizsetzung sollten daher nur bis zu einem Maß angewendet werden, bei dem die Erreichung eines effizienten Marktergebnisses nicht durch daraus entstehende zusätzliche Kosten überkompensiert wird.

78. Im deutschen Eisenbahnmarkt wird das Thema Pünktlichkeit durch mehrere Mechanismen berücksichtigt. Hinsichtlich der Fahrgäste, welche besonders von den Abweichungen des Ist- zum Soll-Fahrplan betroffen sind, gibt es ein Mindestmaß an Fahrgastrechten für Eisenbahnbeförderungen.[106] Reisenden wird hierdurch die Möglichkeit eingeräumt, dass sie von den Eisenbahnverkehrsunternehmen für die Beförderungsschwierigkeiten entschädigt werden. So haben Reisende das Recht, im Fall von Verzögerungen oder Abweichungen zu den mit der Reise ermöglichten Beförderungen mit einer geänderten Streckenführung zu dem Reiseziel befördert zu werden. Abhängig von der Verspätungshöhe erhalten sie zudem eine Erstattung bzw. Fahrpreisentschädigung in Höhe von 25 Prozent des Fahrpreises bei Verspätungen ab 60 Minuten und 50 Prozent des Fahrpreises ab einer Verspätung von 120 Minuten. Daneben stellen Aufgabenträger in den Verkehrsverträgen im SPNV im Falle von Verspätungen Ansprüche an die Eisenbahnverkehrsunternehmen, vgl. Abschnitt 2.3.3.1. Auch im Güterverkehr können in den Transportverträgen bilateral Abweichungen von den Zahlungen vereinbart werden, sofern das Eisenbahnverkehrsunternehmen im SGV den Transport nicht pünktlich erfüllt. Ein weiterer Mechanismus ist durch das Anreizsystem der DB Netz AG vorgesehen, vgl. Abschnitt 2.3.3.2. Alle Mechanismen haben für sich das Potenzial, die Pünktlichkeit des Eisenbahnsystems zu verbessern. Allerdings gehen mit jedem Anreizmechanismus sowie mit der mangelnden Abstimmung zwischen den Mechanismen Probleme einher, welche eine Entfaltung der Anreizwirkung behindern können.

2.3.3.1 Leistungsanreize in den Verkehrsverträgen des SPNV

79. In Verkehrsverträgen zwischen Aufgabenträgern und Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV werden Leistungsanreize im Rahmen eines Qualitätsmesssystems vereinbart. Dabei werden regelmäßig Abzüge von der Vergütung oder andere Vertragsstrafen für nicht vertragsgemäße Leistungen (Pönalen) vereinbart. Die Vertragsstrafen fallen verschuldensunabhängig unter anderem dann an, wenn Verkehrsdienstleistungen nicht fahrplangemäß erbracht werden und die Verspätung eine Toleranzgrenze überschreitet.[107] In den Verkehrsverträgen sind hierfür feste Niveaus oder Mindestwerte für die spezifischen Qualitätsmerkmale vereinbart. Sobald die erbrachte Leistung das gewünschte Qualitätsniveau nicht widerspiegelt, wird entsprechend der Abweichung von dem gewünschten Niveau eine Strafzahlung fällig. Die Abweichungen werden durch eine Qualitätsmessung nachgewiesen. Im Jahr 2017 betrugen die Strafzahlungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen an die Aufgabenträger etwa EUR 161 Mio., was im Vergleich zu dem Vorjahreszeitraum mit EUR 139 Mio. einer Steigerung um 15 Prozent gleichkommt.[108]

---

[106] Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl.EU L315/14 vom 3.12.2007.

[107] Weitere Qualitätsmerkmale neben der Pünktlichkeit sind Vorgaben zu Zugausfällen, Anschlusssicherung, Kapazitäten, Fahrzeugfunktion, Sauberkeit, Sicherheit, Fahrkartenvertrieb, Personaleinsatz und Fahrgastinformation.

[108] BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2018, Bonn, 2018, S. 20.

80. Die Vorgabe spezifischer Qualitätsmaße und die hierfür eingeführten Anreize in den Verkehrsverträgen dürften insbesondere in Bruttoverträgen eine notwendige Maßnahme zur Qualitätssteigerung sein. Bei Bruttoverträgen erhält das Eisenbahnverkehrsunternehmen für die Erbringung der Verkehrsleistung einen festgelegten Preis. Die Fahrgeldeinnahmen erhält der Aufgabenträger. Somit liegt das Erlösrisiko bei dem Aufgabenträger, wodurch das Eisenbahnverkehrsunternehmen im Allgemeinen keine eigenen Anreize hat, für Fahrgastzuwächse und Qualitätsverbesserungen zu sorgen. Aber auch bei Nettoverträgen, bei welchen die Eisenbahnverkehrsunternehmen die Fahrgeldeinnahmen und bestimmte Zuschüsse oder Ausgleichszahlungen der Aufgabenträger erhalten, werden Anreizelemente verwendet, um eine höhere Qualität zu bewirken.

81. Anreizmechanismen können nur dann ihre beabsichtigte Wirkung erzielen, wenn das Unternehmen, welches zu einer gewissen Qualität angehalten werden soll, diese tatsächlich auch beeinflussen kann. Bei der Pünktlichkeit wird bei den vertraglich vorgegebenen Standards im Allgemeinen nicht nach der Ursache für die jeweiligen Verspätungsminuten unterschieden. Dadurch wird das Eisenbahnverkehrsunternehmen auch für Unpünktlichkeiten zur Rechenschaft gezogen, für welche es nicht direkt verantwortlich ist. Hierzu zählen einerseits Verspätungen durch äußere Einflüsse, bspw. wetterbedingte Verspätungen oder andererseits Verspätungen, welche von dem Infrastrukturbetreiber verursacht wurden.

82. Die Aufgabenträger berücksichtigen das, indem sie den Eisenbahnverkehrsunternehmen keine 100-prozentige Pünktlichkeit vorschreiben, sondern zumeist Pünktlichkeitswerte von 90 bis 95 Prozent. Zu vermuten ist, dass nicht allgemein fünf oder zehn Prozent der Verspätung von äußeren Einflüssen und dem Infrastrukturbetreiber verursacht werden. In Regionen mit vielen Engpässen oder überlasteten Schienenwegen könnte das Ausmaß der unverschuldeten Unpünktlichkeiten noch höher sein. Beispielsweise sind hinsichtlich Wetterbedingungen oder auch bei weiteren äußeren Einflüssen gewisse Strecken oder auch Regionen stärker belastet als andere. Dies gilt insbesondere auch bei Engpässen, bei denen die Entscheidung, welcher Zug als nächstes eine Strecke oder einen Bahnhof passieren darf, zum Nachteil des Nahverkehrsunternehmens geregelt wird.

83. Die Zuordnung der Verspätungsminuten kann nur dann gelingen, wenn entsprechende Informationen zu den jeweiligen Ursachen vorliegen. Zur Behebung dieser Problematik könnten die Eisenbahnverkehrsunternehmen zur Aufzeichnung der Probleme auf durchgeführten Fahrten und der Ursachen dieser Probleme verpflichtet werden, sodass innerhalb der Laufzeit eines Verkehrsvertrages unter Einbeziehung der Aufgabenträger die Pünktlichkeitsanforderungen entsprechend angepasst werden könnten. Beispielsweise könnten bei Verspätungen, die mit oftmals mehrere Jahre andauernden Baustellen einhergehen, deren Auftreten vor Abschluss des Verkehrsvertrages nicht bekannt war, im kontinuierlichen Gespräch zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Aufgabenträger eine entsprechende Anpassung der Pünktlichkeitsanforderungen erarbeitet werden, sodass das Eisenbahnverkehrsunternehmen für die dadurch verursachten Verspätungen keine Pönalen zahlen muss.

2.3.3.2 Anreizsystem der DB Netz AG wirksam gestalten und zügig einführen

84. Als Bestandteil der Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB) der DB Netz AG ist ein Anreizsystem zur Minimierung von Störungen und zur Erhöhung der Leistungsfähigkeit des Schienennetzes geplant. Zu der Anwendung leistungsabhängiger Entgeltbestandteile sind Infrastrukturbetreiber durch den bestehenden Rechtsrahmen verpflichtet.[109]

85. Verspätungen sollen, sofern möglich, einer einzigen Organisation zugeordnet werden. Um dies zu erreichen, geht die DB Netz AG von kodierten Zusatzverspätungsminuten (cVmin) als Zielgröße aus, weil sich jede Zusatzverspätung einer konkreten Ursache und somit einem Verursacher zuordnen lasse.[110] Eine Liste von ursächlichen Gründen gibt Anlage 7 Nr. 2 ERegG vor. Sie unterteilt in Ursachen, welche dem Betreiber der Schienenwege, den Eisenbahnverkehrsunternehmen und externen Einflüssen zuzuordnen sind. Einzelne Ursachen, welche beim Infrastrukturunternehmen entstehen, ergeben sich beispielsweise aus der Fahrplanerstellung oder werden durch Baustellen verursacht. Das Eisen-

---

[109] Vgl. Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), ABl. EU L 343/32 vom 14. Dezember 2012, Art. 35 sowie § 39 ERegG.

[110] Vgl. Ebenda.

bahnverkehrsunternehmen betreffende Gründe sind hingegen beispielsweise technische Probleme mit den Fahrzeugen oder haben kommerzielle Ursachen wie die Überschreitung der Haltezeit. Daneben werden als externe Ursachen beispielsweise Streiks, wetterbedingte Auswirkungen oder auch gefährliche Ereignisse, Unfälle und Risiken berücksichtigt.

86. Eine strikte Zuordnung der ursachenbedingten Verspätungen auf die einzelnen Organisationen ermöglicht es, ein Finanzierungssystem so einzurichten, dass die Verursacher für die von Ihnen hervorgerufenen Qualitätseinschränkungen in Form von Verspätungen finanziell aufkommen.[111] Externe Ursachen sind keiner Organisation zugeordnet und werden daher als solche von dem Anreizsystem finanziell nicht erfasst.

87. Mit der Einführung des ERegG wurden erstmals für das Netzfahrplanjahr 2018 leistungsabhängige Entgeltregelungen gemäß § 39 Abs. 2 für die Entgeltgenehmigung notwendig. Die DB Netz AG beantragte die Genehmigung eines Anreizsystems, welches jedoch durch die Bundesnetzagentur mit Beschluss vom 6. Februar 2017 abgelehnt wurde.[112] Die Bundesnetzagentur bemängelte insbesondere, dass die Eckwerte des Anreizsystems nicht, wie im ERegG vorgesehen, mit dem Markt abgestimmt worden waren. Darüber hinaus betraf das Anreizsystem nicht das gesamte Netz der DB Netz AG und DB RegioNetz Infrastruktur GmbH, da die S-Bahn-Netze in Hamburg und Berlin ausgelassen worden waren. Die Zahlungen, welche von den Infrastrukturbetreibern der DB in dem Anreizsystem vorgesehen waren, berücksichtigten nicht, dass der kurzfristige Gelegenheitsverkehr über abweichende Pünktlichkeitsanforderungen gemäß Anlage 7 Nr. 2 e) ERegG verfügt. Zudem waren sie mit 10 Cent pro kodierter Zusatzverspätungsminute so niedrig angesetzt worden, dass nur eine sehr geringe Steuerungswirkung durch die Zahlungen zu erwarten gewesen wären.

88. Daraufhin wurde, auch für das Netzfahrplanjahr 2019, die Entgeltgenehmigung zunächst ohne ein Anreizsystem erteilt. Im Februar 2018 legte die DB Netz AG der Bundesnetzagentur ein überarbeitetes Anreizsystem zur Prüfung vor. Die Bundesnetzagentur lehnte das Anreizsystem mit Beschluss vom 31. August 2018 ab, so dass auch weiterhin keine leistungsabhängigen Entgeltbestandteile in der Entgeltgenehmigung verankert sind.[113]

89. Im Vergleich zu der vorab beantragten Systematik umfasste das im Februar 2018 eingereichte und im März sowie Mai 2018 ergänzte Anreizsystem das gesamte Netz der Infrastrukturbetreiber DB Netz AG und DB RegioNetz Infrastruktur GmbH. Jedoch entsprach die Bildung der Eckwerte zur leistungsabhängigen Entgeltregelung, zu der Dauer von Verspätungen und zu den Grenzwerten, ab denen nach Maßgabe der leistungsabhängigen Entgeltregelung Zahlungen fällig werden, nach Auffassung der Bundesnetzagentur nicht den Vorgaben, die in Anlage 7 Nr. 2 a) ERegG festgelegt sind. Entsprechend des Rechtsrahmens sind diese mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen zu vereinbaren. Zudem sah das Anreizsystem weder ein unparteiliches Streitbeilegungssystem noch angemessene Sekundärrechte vor. Auch fehlte eine Gruppierung nach realer Pünktlichkeit.

90. Ferner betont die Bundesnetzagentur in dem Beschluss von 2018, dass die wirtschaftliche Tragfähigkeit der Verkehrsdienste unzureichend dargelegt worden sei.[114] Eine weitere Prüfung durch die Bundesnetzagentur fand nicht statt, da die Ablehnung des Antrags sich bereits abzeichnete.[115] Zudem sei die Regelung bzgl. einiger Kodierungen intransparent. Hier stellt die Bundesnetzagentur zusätzliche Forderungen an die Kodierung der DB Netz AG. Seit Oktober 2018 diskutiert die DB Netz AG mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen, um ein Anreizsystem, wie es gemäß dem ERegG verpflichtend bestehen muss, umsetzen zu können.[116] Für den Schienenpersonenverkehr hat die Bundesnetzagentur

---

[111] Dies soll derart erfolgen, dass die Zahlungen, welche von dem Netzbetreiber an die Eisenbahnverkehrsunternehmen und solche, welche vom Eisenbahnverkehrsunternehmen an den Netzbetreiber geleistet werden müssen, aufaddiert werden und eine entsprechende Ausgleichszahlung in regelmäßigen Abständen erfolgt.

[112] Vgl. hierzu BNetzA, Beschluss zum TPS 2018, BK10-16-0008_E vom 6. Februar 2017, S. 143 ff.

[113] BNetzA, Beschluss zur Genehmigung leistungsabhängiger Entgeltbestandteile (Anreizsystem) vom 31. August 2018, BK10-18-0014_E.

[114] Vgl. BNetzA, ebenda, S. 45. Zur Tragfähigkeit vgl. Tz. 114.

[115] Vgl. BNetzA, ebenda.

[116] Vgl. Informationen der DB Netz AG auf den Internetseiten; https://fahrweg.dbnetze.com/fahrweg-de/kunden/leistungen/trassen/anreizsystem-3535848; Abruf am 1.05.2019.

inzwischen das Anreizsystem der DB Netz AG genehmigt.[117] Eine Genehmigung für den Schienengüterverkehr steht jedoch weiterhin aus. Die beteiligten Unternehmen diskutieren unter anderem über die baubedingten Verspätungen, welchen eine besondere Bedeutung zukommt.[118]

91. Problematisch ist insbesondere auch die exakte Zuordnung von Verspätungsminuten auf die jeweiligen Verursacher. Bei witterungsbedingten Verspätungsminuten sollte man beispielsweise zunächst vermuten, dass es sich um einen äußeren Einfluss handelt, welcher weder den Eisenbahnverkehrsunternehmen noch dem Infrastrukturbetreiber zugeordnet werden kann. Sollten Schäden jedoch auf fehlenden Grünschnitt zurückzuführen sein, so wäre eigentlich der Infrastrukturbetreiber für die entstandenen Verspätungen zumindest anteilig verantwortlich. Wenn Kodierungen, wie anhand dieses Beispiels gezeigt, keine Anreize zu besserem Qualitätsmanagement, hier Vegetationsmanagement, herbeiführen, ist der Anreizmechanismus nicht zielführend. Besonders relevant erscheint daher die Möglichkeit der Umkodierung durch die Eisenbahnverkehrsunternehmen und die Überprüfung der Kodierungsregeln durch die Bundesnetzagentur. Nur sofern die Kodierung nicht allein von dem Infrastrukturbetreiber durchgeführt wird, kann sichergestellt werden, dass dieser nicht durch Fehlkodierungen anreizsetzende Leistungen, welche ihn selbst betreffen, verringert und im Gegenzug die Eisenbahnverkehrsunternehmen oder indirekt die Fahrgäste und Aufgabenträger zusätzlich belastet.[119]

92. Entsprechend dem langwierigen Prozess der Einführung des Anreizsystems zeichnen sich die damit verbundenen Schwierigkeiten ab. Zunächst sollte der Infrastrukturbetreiber gemäß den zu erwartenden Zahlungen bzw. Mindereinnahmen kein Interesse an einer zügigen Umsetzung des Anreizsystems haben. Eisenbahnverkehrsunternehmen sind bereits durch die weiteren Anreizmechanismen zu einer höheren Pünktlichkeit aufgefordert. Auf der Ebene der Infrastrukturbetreiber fehlen hingegen vergleichbare externe Anreize, da es sich für die Eisenbahnverkehrsunternehmen in der Praxis als sehr schwierig erwiesen hat, eine Erstattung für die von ihnen gezahlten Vertragsstrafen und Erstattungen gegenüber den Infrastrukturbetreibern in Fällen durchzusetzen, in denen Verspätungen eigentlich infrastrukturbedingt waren.

93. In Anbetracht dessen verwundert es auch nicht, wenn sich eine Vereinbarung zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Infrastrukturunternehmen hinsichtlich der zu vereinbarenden Eckwerte für die leistungsabhängigen Entgeltbestandteile als schwierig erweist. Denn allen Beteiligten ist klar, dass die Eisenbahnverkehrsunternehmen Forderungen an den Infrastrukturbetreiber haben, welche durch den schlechten Infrastrukturzustand und die erwarteten baustellenbedingten Probleme als auch durch die bestehenden Anreizmechanismen, die ausschließlich die Eisenbahnverkehrsunternehmen betreffen, deutlich werden. Der Infrastrukturbetreiber hat hingegen ein genau gegenläufiges Interesse, seine Haftungsrisiken zu minimieren. Im Extremfall könnte durch die Verweigerung einzelner Zugangsberechtigter eine Vereinbarung über Eckwerte unmöglich werden. Die Bundesnetzagentur hält es für denkbar, dass dem Betreiber der Schienenwege in einem solchen Fall ein Letztentscheidungsrecht zukommen könnte.[120] Das würde aber den zugrunde liegenden Interessenkonflikt nicht beseitigen, sondern nur dazu führen, dass der Infrastrukturbetreiber sich mit seinen Interessen gegenüber den anderen Marktbeteiligten durchsetzen kann.

94. Aus Sicht der Monopolkommission ist daran zu erinnern, dass ein Hauptziel der Entgeltregulierung darin besteht, einen Infrastrukturzugang zu angemessenen, nicht-diskriminierenden und transparenten Bedingungen zu gewährleisten.[121] Ein solcher Zugang wird nicht bereitgestellt, wenn der Infrastrukturbetreiber in der Lage ist, seine Haftungsrisiken für infrastrukturbedingte Verspätungen im Rahmen seiner Letztentscheidung über die leistungsabhängigen Entgeltbestandteile zu beeinflussen. Deshalb ist unabdingbar, dass die Interessen der Eisenbahnverkehrsunternehmen vom Infrastrukturbetreiber angemessen berücksichtigt werden. Dazu sollte die Entscheidung des Infrastrukturbetreibers einer besonderen Prüfung durch die Bundesnetzagentur unterliegen, um Fehlanreize wie auch potenzielle Verzerrungen auf-

---

[117] BNetzA, Pressemitteilung vom 31. Mai 2019.

[118] Vgl. hierzu auch BNetzA, ebenda, S. 23, f.

[119] Ein solches Verhalten könnte freilich als Konditionenmissbrauch wettbewerbsrechtliche Bedenken begründen (Art. 102 lit. a letzte Var. AEUV. Siehe ergänzend Tz. 83, 100 zu den sich in diesem Kontext stellenden Haftungsfragen.

[120] BNetzA, ebenda, S. 20.

[121] Art. 10 Abs. 1 RL 2012/34/EU.

grund der marktbeherrschenden Stellung der DB-Gruppe als vertikal integriertem Konzern auf dem Schienenverkehrsmarkt zu verhindern. Die Monopolkommission empfiehlt, dass die Bundesnetzagentur dem Infrastrukturbetreiber – unter Berücksichtigung aller von den Beteiligten bereit zu stellenden Informationen – ein Anreizsystem für die verpflichtend einzuführenden leistungsabhängigen Entgeltregelungen vorgibt.

2.3.3.3 Abstimmung der Anreizelemente fehlt

95. Eine Anreizwirkung, die eigene Pünktlichkeit zu erhöhen, wird für die Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV und SPFV durch die Ausgestaltung der Fahrgastrechte und, für die SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen, in den Verkehrsverträgen im SPNV erreicht. Im Schienengüterverkehr gibt es zudem Anreizmechanismen zwischen den SGV-Eisenbahnverkehrsunternehmen und ihren Kunden in den Beförderungsaufträgen bzw. -verträgen. Es kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die zu leistenden Zahlungen über die selbst verschuldeten Anteile der Eisenbahnverkehrsunternehmen hinausgehen. Demgemäß kommen die Eisenbahnverkehrsunternehmen insbesondere auch für Schäden gegenüber den Aufgabenträgern, Fahrgästen und SGV-Kunden auf, welche sie nicht beeinflussen können und welche somit eventuell anfallende zusätzliche Kosten für sie darstellen. Im Gegensatz zu diesen Kostengrößen bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen ist der Infrastrukturbetreiber von den Zahlungsmechanismen in keiner Weise betroffen und hat für die von ihm verschuldeten Verspätungen zunächst keinen finanziellen Ausgleich, weder gegenüber den Aufgabenträgern, Fahrgästen und SGV-Kunden, noch gegenüber den Eisenbahnverkehrsunternehmen selbst zu leisten. Das Risiko hinsichtlich Verspätungen, welche durch die Infrastruktur verschuldet wurden, tragen demgemäß derzeit die Eisenbahnverkehrsunternehmen, wie auch die Aufgabenträger, Fahrgäste bzw. Kunden.

96. Somit ist die Erreichung eines spezifischen Leistungsniveaus hinsichtlich der Pünktlichkeit nicht gegeben. Eisenbahnverkehrsunternehmen kommen weiterhin allein für die Störungen gegenüber den Aufgabenträgern, Fahrgästen und SGV-Kunden auf, sofern die leistungsabhängigen Entgeltbestandteile bei der Höhe der Zahlungen im Fall der von dem Infrastrukturbetreiber verursachten Schäden nicht die Zahlungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen hinsichtlich der Fahrgastrechte und Pönalen berücksichtigen. Eine solche Berücksichtigung ist gemäß dem derzeitigen Stand der Überarbeitung des Anreizsystems nicht zu erkennen.[122] Die Monopolkommission empfiehlt, die Anreizmechanismen im Schienenverkehr aufeinander abzustimmen, damit diese eine gemeinsame effiziente Anreizwirkung für eine höhere Pünktlichkeit bewirken können. Sofern eine neutrale Stelle das Anreizsystem für die Infrastrukturbetreiber und Eisenbahnverkehrsunternehmen vorgeben sollte, sollte demgemäß eine Anpassung der leistungsabhängigen Entgeltbestandteile in Abhängigkeit der bestehenden Anreizmechanismen vorgenommen werden.

97. Sollte eine solche Abstimmung der Anreizmechanismen nicht zeitnah und effektiv umgesetzt werden können, so müssten gegebenenfalls zusätzliche grundlegendere Maßnahmen in Erwägung gezogen werden, um den Infrastrukturbetreiber zu entsprechenden Anreizen zu einer höheren Pünktlichkeit bewegen zu können. Beispielsweise könnte es sinnvoll erscheinen, einen zusätzlichen Anreizmechanismus spezifisch für den Infrastrukturbetreiber vorzuschreiben.

2.3.4 Rechtliche Verantwortlichkeit der DB-Gruppe gegenüber geschädigten Aufgabenträgern und Fahrgästen nachschärfen

98. Die DB-Gruppe kann die Qualität ihrer Infrastruktur, ihrer Fahrzeuge und ihres Personals selbst am besten beeinflussen. Die Qualitätsentwicklung und insbesondere die wachsende Unpünktlichkeit legen nahe, dass die DB-Gruppe die damit verbundenen Risiken auf ihre Wettbewerber, die Aufgabenträger und Fahrgäste abwälzt. Die DB-Gruppe macht sich allerdings gegenüber anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen, den Aufgabenträgern und Fahrgästen unter Umständen schadenersatzpflichtig, wenn sie ihren Fahrplan nicht einhält oder anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen die Einhaltung des Fahrplans erschwert (Abschn. 2.3.4.1). Bei der Anwendung der regulierungsrechtlichen Entschädigungsregelungen sind im Verhältnis zur DB-Gruppe ergänzende Vorgaben aufgrund des Verbots von Marktmachtmissbräu-

[122] Fraglich ist zudem, inwiefern, wie bisher üblich, die Fahrgäste für die durch externe Effekte hervorgerufenen Verspätungen aufkommen sollen. Eine höhere Pünktlichkeit kann ohne weitere politische Maßnahmen zu einer Erhöhung der Fahrpreise führen, welche wiederum die Nachfrage nach Bahnfahrten verringern könnte. Zur Erhöhung der Fahrgastzahlen, wie sie politisch gewünscht wird, ist zu hinterfragen, ob der Bund zusätzliche Preiserhöhungen durch Subventionen ausgleichen sollte.

chen zu beachten (Abschn. 2.3.4.2). Aus Sicht der Monopolkommission ist es geboten, die Haftung der DB-Gruppe regulierungsrechtlich nachzuschärfen, um dem Risiko von Marktmachtmissbräuchen vorzubeugen (Abschn. 2.3.4.3).

2.3.4.1 Verantwortlichkeit aufgrund von Vertragsvereinbarungen und regulatorischen Entschädigungspflichten gegenüber anderen Marktteilnehmern

99. Die Haftung der DB-Gruppe gegenüber anderen Marktteilnehmern hat jeweils unterschiedliche rechtliche Grundlagen. Im Verhältnis zu anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen und den Aufgabenträgern folgen Schadenersatzpflichten ausschließlich aus vertraglichen Vereinbarungen, während die Haftung gegenüber den Fahrgästen in der unionsrechtlichen und deutschen Eisenbahnregulierung festgelegt ist.

100. In Bezug auf andere Eisenbahnverkehrsunternehmen kann eine Entschädigungspflicht insbesondere aus dem Vertragsverhältnis dieser Unternehmen mit der DB Netz AG abgeleitet werden. Denn die DB Netz AG stellt den Unternehmen die Schieneninfrastruktur aufgrund vertraglicher Vereinbarungen bereit und hat dafür zu sorgen, dass die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht durch infrastrukturbedingte Verspätungsursachen beeinträchtigt werden. Zwar sind die betreffenden Eisenbahnverkehrsunternehmen theoretisch dazu in der Lage, zusätzliche Zahlungen, welche ihnen durch eine unpünktliche Bereitstellung der Infrastruktur durch den Betreiber der Schienenwege entstehen, in Schadenersatzklagen gegenüber diesem geltend zu machen, jedoch ist hierfür ein Nachweis über die tatsächliche Ursache der Verspätung notwendig. Die Erbringung eines solchen Nachweises scheint, in Anbetracht der fehlenden Informationen, aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen in vielen Fällen nicht leistbar zu sein.[123] Somit besteht praktisch nahezu keine Möglichkeit für die Eisenbahnverkehrsunternehmen, die von ihnen geleisteten Strafen, welche vom Betreiber der Schienenwege verursacht wurden, diesem in Rechnung zu stellen.

101. In Bezug auf die Aufgabenträger wurde schon zuvor angesprochen, dass diese mit der DB Regio AG regelmäßig Abzüge von der Vergütung oder andere Vertragsstrafen für nicht vertragsgemäße Leistungen vereinbaren (sog. Pönalen).[124] Die Vertragsstrafen fallen verschuldensunabhängig unter anderem dann an, wenn Verkehrsdienstleistungen nicht fahrplangemäß erbracht werden und die Verspätung eine Toleranzgrenze (z. B. 4 Minuten) überschreitet. Zwar ist die Haftung der DB-Gruppe für verspätete Eisenbahnverkehrsdienste gegenüber den Aufgabenträgern im Vergleich mit der Haftung gegenüber den Fahrgästen grundsätzlich umfassender ausgestaltet. Die Anreizwirkung von Vertragsstrafen ist in einem integrierten Konzern wie der DB-Gruppe allerdings dadurch begrenzt, dass die Strafen unmittelbar die Unternehmenseinheiten treffen, die als Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig sind (z. B. DB Regio AG). Verspätungen, die letztlich auf eine von der DB Netz AG bereitgestellte unzureichende Infrastruktur zurückzuführen sind, werden also nicht unmittelbar gegenüber der DB Netz AG sanktioniert.[125] Außerdem kann auf Ebene der Aufgabenträger vorgesehen sein, dass Gelder, die diesen als Vertragsstrafen aus dem Eisenbahnverkehr zufließen, für die Verbesserung der Eisenbahninfrastruktur einzusetzen sind. Eine solche Mittelbindung bedeutet, dass die Vertragsstrafen letztlich wie eine Teilrückführung von Regionalisierungsmitteln behandelt werden, wobei die betreffenden Mittel zweckgebunden wieder in die Infrastruktur fließen müssen. Wenn das der Fall ist, hat die DB Netz AG selbst keine dauerhaften finanziellen Nachteile zu erwarten, wenn sie eine unzureichende Infrastruktur bereitstellt und hierdurch zur Unpünktlichkeit im Bahnverkehr beiträgt.

102. Insbesondere die Fahrgäste haben nicht die Möglichkeit, ihre Position durch besondere vertragliche Vereinbarungen zu schützen. Zentral für die Haftung gegenüber Fahrgästen für Verkehrsdienstleistungen im SPFV und SPNV ist vielmehr die Verordnung 1371/2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr.[126] Die Verordnung trifft Mindestregelungen zur Harmonisierung der Haftung von Eisenbahnverkehrsunternehmen unter anderem für Ver-

---

[123] Dies geht aus Informationen von Marktteilnehmern hervor.

[124] Siehe oben insbesondere Tz. 43, 68 und 79.

[125] Siehe oben Tz. 58, 82 f. Zwar haben konzernfremde Eisenbahnunternehmen in der Vergangenheit Klagen eingereicht, um Pönalen aus den Verkehrsverträgen an die DB Netz AG weiterzureichen. Auch in diesem Fall haftet die DB Netz AG allerdings nicht unmittelbar. Siehe kritisch hierzu schon Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 174.

[126] Siehe schon Tz. 43.

spätungen, verpasste Anschlüsse und Zugausfälle.[127] Die Verordnung soll Schädigungen der Fahrgäste vorbeugen oder einen Ausgleich für solche Schäden ermöglichen.[128] Sie erfasst deshalb lediglich solche Verspätungen, bei denen es zu einer Zeitdifferenz zwischen der fahrplanmäßigen Ankunftszeit des Fahrgasts gemäß dem veröffentlichten Fahrplan und dem Zeitpunkt seiner tatsächlichen oder erwarteten Ankunft kommt. Dabei ist die Haftung zwar auch im Verhältnis zu den Fahrgästen verschuldensunabhängig ausgestaltet, greift allerdings nur unter den nachfolgend näher beschriebenen restriktiven Voraussetzungen. Die Verordnung 1371/2007 und das ergänzende nationale Recht dürften aus Sicht von Eisenbahnunternehmen letztlich haftungsbeschränkende Wirkung haben.[129]

103. Eine Haftung ist in der Verordnung insbesondere nicht für alle Verspätungen vorgesehen, sondern nur dann, wenn die Verspätung am Zielort des Fahrgasts mehr als 60 Minuten beträgt.[130] Die Verordnung sieht für Fälle, in denen der Fahrgast trotz Verspätung des Zuges eine Beförderungsleistung in Anspruch genommen hat, eine einzelfallunabhängige Mindestentschädigung von 25 Prozent des Fahrpreises für eine Verspätung von 60 bis 119 Minuten und eine einzelfallunabhängige Mindestentschädigung von 50 Prozent des Fahrpreises für eine Verspätung ab 120 Minuten vor. Fahrgäste mit Zeitfahrkarten können bei wiederholten Verspätungen oder Zugausfällen eine angemessene Entschädigung gemäß den Entschädigungsbedingungen des Eisenbahnverkehrsunternehmens verlangen. Der Fahrgast hat Anspruch auf Erstattung des vollen Fahrpreises und weitere Rechte, wenn er eine Reise nicht antritt, bei der vernünftigerweise davon ausgegangen werden muss, dass die Verspätung bei Ankunft am Zielort mehr als 60 Minuten betragen wird.[131] In Deutschland sieht die Eisenbahn-Verkehrsordnung (EVO) ergänzend vor, dass Reisende im SPNV die Fahrt zum vertragsgemäßen Zielort grundsätzlich mit einem anderen Zug durchführen dürfen, sofern vernünftigerweise davon ausgegangen werden muss, dass der betreffende Reisende andernfalls mindestens 20 Minuten verspätet am Zielort ankommen wird. Für den Zeitraum zwischen 0.00 Uhr und 5.00 Uhr gelten zugunsten des Reisenden Sonderregelungen.[132] Ein Aufwendungsersatz wird bis zu einer pauschalen Höhe von EUR 80 gewährt (z. B. für ein Taxi).

104. Insbesondere für Inhaber von Zeitfahrkarten (z. B. BahnCard 100, Schönes-Wochenende-Ticket, Jobticket) ergibt sich durch die beschriebenen Regelungen ein noch geringerer Schutz als für die Inhaber von Einzelfahrkarten. Denn für Verspätungen wird Zeitfahrkarteninhabern üblicherweise nur eine geringe Pauschalentschädigung gezahlt. Außerdem werden Fahrplanänderungen nach dem Fahrkartenkauf (z. B. wegen Baumaßnahmen) bei Einzelfahrkarten als Verspätung anerkannt, bei Zeitfahrkarten hingegen nicht. Benachteiligt sind im Fall einzelner Verspätungen auch die Fahrgäste, die keinen durchgehenden Fahrschein für eine Gesamtstrecke nutzen, z. B. bei Fahrten ins Ausland oder bei Fahrten mit Zügen verschiedener Eisenbahnverkehrsunternehmen. Diese Fahrgäste können Entschädigungsansprüche nur für die jeweilige Teilstrecke und nicht für die Gesamtstrecke geltend machen.

105. Die Verspätungshaftung gegenüber den Fahrgästen würde zusätzlich beschränkt, wenn die Entschädigungspflicht von Eisenbahnverkehrsunternehmen nach den in der Presse kolportierten Plänen des EU-Ministerrats für durch „Dritte“ verursachte Verspätungen oder zumindest in Fällen „höherer Gewalt“ ausgeschlossen würde.[133] Die bestehende Entschädigungspflicht in Fällen höherer Gewalt wird von Eisenbahnverkehrsunternehmen als Benachteiligung gegenüber anderen öffentlichen Verkehrsmitteln kritisiert.

106. Die Geltendmachung von Fahrgastrechten im gesetzlichen Umfang wird im Übrigen dadurch erschwert, dass es bisher keine verbindlichen Vorgaben über eine umfassende Fahrgastinformation für den Fall von Verspätungen gibt und

---

[127] Art. 15 ff. VO 1371/2007.

[128] Erwägungsgründe 13-14 der VO 1371/2007.

[129] Die betreffenden Vorschriften sind auch für den Fall von Verschulden gegenüber den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) abschließend; siehe Sprau in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, § 633 Rz. 17.

[130] Art. 16 f. VO 1371/2007.

[131] Art. 16 VO 1371/2007.

[132] § 17 Abs. 1 EVO.

[133] Vgl. Kafsack, H., Die Bahn soll nicht mehr zahlen, wenn es stürmt, FAZ, 20. Mai 2019.

die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber den Eisenbahnverkehrsunternehmen der DB-Gruppe bisher relativ aufwendig ist.[134] Nach Presseinformationen plant die DB AG allerdings, diesen Prozess zu vereinfachen.[135]

2.3.4.2 Wettbewerbsrechtliche Verantwortlichkeit

107. Die Leistung von Schadenersatz und die Anwendung der Entschädigungsregelungen durch die DB-Gruppe unterliegen zusätzlichen Vorgaben nach dem unionsrechtlichen Verbot des Marktmachtmissbrauchs (Art. 102 AEUV). Die DB-Gruppe ist im Infrastrukturbereich, im SPFV und bei der Erbringung von SPNV-Dienstleistungen auf den Strecken, für die sie den Zuschlag erhalten hat, marktbeherrschend.[136] Die betreffenden Märkte sind zudem miteinander verbunden, da die DB Netz AG die Trassen für die Erbringung von SPFV- und SPNV-Dienstleistungen gleichsam als Vorprodukt bereitstellt und da der SPFV und der SPNV oft dieselben Trassen nutzen. Deshalb kann das unionsrechtliche Missbrauchsverbot im Einzelfall auch dann eingreifen, wenn eine beherrschende Stellung auf einem betroffenen Markt nicht feststellbar sein sollte.[137] Nach Art. 102 AEUV unterliegt die DB-Gruppe als marktbeherrschendes Unternehmen einer besonderen Verantwortung.[138] Das bedeutet, dass sie insbesondere Leistungen, die andere Marktteilnehmer – einschließlich der Aufgabenträger und der Fahrgäste – von ihr als Nachfrager in Anspruch nehmen, nicht zu unangemessenen Bedingungen bereitstellen darf. Diese Vorgabe ist von der DB-Gruppe zu beachten, soweit ihr die Regulierung Freiräume belässt.

108. Die Regulierung belässt der DB-Gruppe Freiräume sowohl bei Investitionen in ihre Infrastruktur als auch bei der Festlegung der Höhe ihrer Beförderungsentgelte.[139] Das Verhalten der DB-Gruppe kann deshalb missbrauchsrechtliche Bedenken insbesondere in zweierlei Hinsicht auslösen, soweit sie Verkehrsdienstleistungen nicht fahrplangemäß erbringt:

- Erstens kann die DB-Gruppe es sich missbräuchlich zunutze machen, dass sie Risiken einer unzureichenden Infrastruktur oder sonstige Risiken auf die von einer Unpünktlichkeit nachteilig betroffenen Wettbewerber, auf die Aufgabenträger und auf die Fahrgäste verlagern kann. Im Fall der Wettbewerber ist eine solche Verlagerung schon deshalb effektiv möglich, weil die DB-Gruppe als integriertes Netz- und Eisenbahn-Verkehrsunternehmen über bessere Informationen über die Gründe infrastrukturbedingter Verzögerungen für Wettbewerbsbahnen verfügt. Im Fall der Aufgabenträger und der Fahrgäste bestehen ebenfalls Informationsgefälle. Zudem kann sich die DB-Gruppe gegenüber den Aufgabenträgern zunutze machen, dass diese sich im Rahmen der Verkehrsverträge verpflichtet haben, Einzelfahrten während des Vergabezeitraums allein durch die DB Regio AG erbringen zu lassen. Gegenüber den Inhabern von Zeitfahrkarten kann sie sich in ähnlicher Weise zunutze machen, dass diese die Einzelfahrten pauschal in der Regel vorab bezahlen. Die Aufgabenträger und die Inhaber von Zeitfahrkarten sind also durch eine wirtschaftliche Entscheidung vor Inanspruchnahme von Dienstleistungen der DB-Gruppe wirtschaftlich sowie vertraglich gebunden (Lock-in).[140]
- Zweitens legt eine derartige Verlagerung von Risiken nahe, dass die DB-Gruppe ihre Verkehrsdienstleistungen mangels verfügbarer Ausweichmöglichkeiten für Aufgabenträger und Fahrgäste auch zu unangemessenen Konditionen erbringt. Konditionen sind unangemessen und damit missbräuchlich, wenn sie in keinem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen.[141] Der wirtschaftliche Wert der erbrachten Verkehrs-

---

[134] Einreichung eines Fahrgastrechte-Formulars im DB Reisezentrum oder beim Servicecenter Fahrgastrechte; siehe https://www.fahrgastrechte.info/Die-neuen-Fahrgastrechte-im-UEberblick.22.0.html .

[135] Doll, N./ Seyffarth, M., Das “Live-Ticket” lost das Fahrgastrechte-Formular ab, die WELT, 19. Februar 2019.

[136] BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13, Tz. 25-27; Pressemitteilungen vom 17. Februar 2003 und 15. Juli 2004.

[137] Vgl. insoweit EuGH, Urteil vom 6. März 1974, 6 und 7/73 – Commercial Solvents, Slg. 1974, S. 223, ECLI:EU:C:1974:18, Rz. 22, 25; Urteil vom 14. November 1996, C-333/94 P – Tetra Pak II, ECLI:EU:C:1996:436, Rz. 27, wonach „besondere Umstände [auch] eine Anwendung von Artikel 86 [= Art. 102 AEUV] auf ein Verhalten rechtfertigen [können], das auf dem verbundenen, nicht beherrschten Markt festgestellt wurde und sich dort auswirkt“.

[138] Vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Slg. 1983, S. 3461, ECLI:EU:C:1983:313 .Rz. 57.

[139] Verweise auf entsprechende stellen im Gutachten.

[140] Die Ausnutzung eines wirtschaftlichen Lock-in durch ein marktbeherrschendes Unternehmen kann missbräuchlich sein, wenn sie zu unangemessenen Bedingungen erfolgt; vgl. BKartA, Entscheidung vom 29. März 2019, B6-22/16 – Facebook, Tz. 494, 883.

[141] EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 248/257.

dienstleistung kann insbesondere in Fällen, beispielsweise wenn ein Fahrgast infolge von Unpünktlichkeit eine Anschlussverbindung verpasst, praktisch gleich Null sein. In anderen Fällen handelt es sich zumindest um eine Schlechtleistung. Wenn die bestehenden gesetzlichen Regelungen (Verordnung 1371/2007, EVO) nicht existieren würden, wäre die DB-Gruppe in den betreffenden Fällen wohl nicht berechtigt, ihre Haftung entsprechend jenen gesetzlichen Regelungen durch Allgemeine Geschäftsbedingungen zu beschränken, da die Regelungen es nicht gestatten, das individuelle Interesse von Reisenden an einer pünktlichen Ankunft zu berücksichtigen.[142]

Zwar lässt sich auf Basis der verfügbaren Informationen nicht abschließend beurteilen, ob das bisherige Verhalten der DB-Gruppe die Grenzen des unionsrechtlichen Missbrauchsverbots überschreitet. Das bedarf für die Zwecke dieses Gutachtens aber auch keiner Entscheidung. Wenn man unterstellt, dass die Eisenbahnregulierung unter anderem dazu dient, Risiken von Marktmachtmissbräuchen vorzubeugen, bedeutet die Tatsache, dass sich die beschriebenen Missbräuche nicht ausschließen lassen, jedenfalls ein Regulierungsdefizit. Dieses wirkt sich insbesondere im Verhältnis der DB-Gruppe zu den Fahrgästen aus, da diese ihre Interessen nicht durch die Vereinbarung von Vertragsstrafen wahren können. Das angesprochene Regulierungsdefizit verschärft sich dadurch, dass die Regulierung speziell im Verhältnis der DB-Gruppe zu ihren Fahrgästen auch sonst unausgewogen ist. Denn während die DB-Gruppe einerseits in Fällen der Unpünktlichkeit von einer regulatorischen Haftungsbeschränkung profitiert, sorgt die Regulierung mit Blick auf die Beförderungsentgelte für eine überaus starke Rechtsposition der DB-Gruppe gegenüber ihren Fahrgästen.[143] Der Bund wäre als Alleinaktionär der DB AG nach Art. 106 Abs. 1 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV zumindest dann zum Einschreiten verpflichtet, wenn der DB-Gruppe ein missbräuchliches Verhalten konkret nachzuweisen sein sollte.

2.3.4.3 Empfehlungen

109. Die Monopolkommission begrüßt, dass die DB-Gruppe mit zunehmender Entschlossenheit Maßnahmen ergreift, um Verspätungsursachen zu bekämpfen. Im Hinblick auf die Fälle einer verspäteten Infrastrukturbereitstellung ist das einzuführende Anreizsystem der DB Netz AG zwar grundsätzlich zu befürworten, da der Infrastrukturbetreiber nun Zahlungen an die Eisenbahnverkehrsunternehmen leisten muss, wenn er die Verspätung verursacht hat. Offen bleibt jedoch auch bei dem Anreizsystem der DB Netz AG, wie die leistungsabhängigen Zahlungen möglichst zielführend gestaltet werden können. Gemäß dem Gesetzestext gibt es keine generellen Berechnungsgrundlagen für die leistungsabhängigen Entgeltbestandteile, wodurch der Netzbetreiber über die Höhen selbst entscheiden kann. Er ist zwar durch die Kontrolle der Bundesnetzagentur gebunden, welche im Falle zu niedriger leistungsabhängiger Entgeltbestandteile bereits reagiert hat (vgl. Tz. 88 ff.). In Anbetracht der Defizite des DB-internen Anreizsystems für die Pünktlichkeit dürfte es sinnvoll sein, die Bundesnetzagentur durch eine Ergänzung von § 39 ERegG gesetzlich zu ermächtigen, gegebenenfalls das gebotene Anreizsystem – ähnlich wie im Telekommunikationsbereich – vorzugeben.[144]

110. Davon abgesehen sollte die bestehende Regulierung nachgeschärft werden, um Schädigungen anderer Marktteilnehmer und insbesondere der Fahrgäste durch Verspätungen bei Eisenbahnverkehrsdienstleistungen der DB-Gruppe effektiv entgegenzuwirken. Ziel sollte es grundsätzlich sein, die wirtschaftlichen Vorteile, die die DB-Gruppe für sich aus einer Verlagerung von Risiken auf andere Marktteilnehmer gewinnen kann, möglichst vollständig abzuschöpfen. Eine regulierungsrechtliche Haftungserweiterung für die DB-Gruppe ginge allerdings mit dem Problem einher, dass die DB-Gruppe ihre dadurch erhöhten Kosten auf die Fahrgäste oder andere Kostenträger umlegen müsste. Eine echte Entlastung der geschädigten Marktteilnehmer wäre somit allenfalls mit Einschränkungen zu erreichen.

111. Die Monopolkommission hält es in einer Abwägung derzeit auch nicht für zielführend, eine Verschärfung der Regelung zur Fahrgastentschädigung in der Verordnung 1371/2007 zu fordern. Diese Regelung leidet an dem konzeptionellen Defizit, dass die Entschädigung über einen willkürlich festgesetzten Pauschalbetrag erfolgt, obwohl verspätungsbedingte Schäden für die Fahrgäste grundsätzlich einzelfallabhängig sind. Aufgrund der Einzelfallabhängigkeit von Verspätungs-

---

[142] Vgl. 308 Nr. 4 BGB: unzulässige Vereinbarung eines Rechts des Verwenders, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen, außer die Vereinbarung ist unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar; § 308 Nr. 7 BGB: unangemessen hohe Vergütung.

[143] Siehe dazu auch Tz.297 in diesem Gutachten.

[144] Vgl. bspw. § 77n TKG.

schäden wäre es allerdings sinnvoll, die Eisenbahnverkehrsunternehmen regulierungsrechtlich zu verpflichten, den Fahrgästen eine Versicherungsmöglichkeit anzubieten. Der Fahrgast solle also nicht nur wie bisher die Möglichkeit haben, sich gegen einen leicht erhöhten Fahrpreis gegen Risiken für die Reise aus seiner eigenen Sphäre zu versichern (Krankheit u. ä.), sondern auch gegen Risiken, die sich in der Sphäre der Eisenbahnverkehrsunternehmen verwirklichen und die zu Verspätungen führen. Die Versicherungspflicht müsste an eine Erstattungspflicht der DB-Gruppe für den Fall geknüpft werden, dass die Verspätung letztlich infrastrukturbedingt ist. In Anbetracht der bei der DB Netz AG entstandenen bisherigen Verzögerungen bei der Definition leistungsabhängiger Entgeltbestandteile könnte ein Prozentbetrag als pauschale Mindestbeteiligung der DB-Gruppe an den Versicherungszahlungen vorgesehen werden. Durch diese Versicherungslösung könnte sichergestellt werden, dass Fahrgäste individuell für entstandene Verspätungen einen finanziellen Ausgleich erhalten würden. Somit könnte ein gezielterer Anreizmechanismus geschaffen werden.[145]

---

[145] Zu beachten bleibt ferner jedoch, dass diese Lösung zu höheren Fahrpreisen führen wird. Sofern mehr Pünktlichkeit zu geringeren Kosten politisch gewünscht wird, so müsste mit Subventionen an richtiger Stelle für einen Ausgleich gesorgt werden. Vgl. auch Fn. 122.

Kapitel 3

Potenzial regulatorischer Fortschritte ausschöpfen

3.1 Anreizsetzung in der Entgeltregulierung

3.1.1 Entgeltregulierung und Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung im Rahmen des Eisenbahnregulierungsgesetzes

112. Die Einführung des Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) musste mit einer grundlegenden Neugestaltung der Trassenentgeltsystematik einhergehen. So waren die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2012/34/EU[146] zur Entgeltregulierung zur Anwendung zu bringen, deren Umsetzung in deutsches Recht in §§ 25 ff. ERegG erfolgt ist. Im Hinblick auf die Regulierung des Betreibers der Schienenwege wurden insbesondere zwei fundamentale Neuerungen erforderlich. Erstens mussten dem Betreiber der Schienenwege Anreize zur Kostensenkung gesetzt werden. Bisher ließen sich aus der Entgeltregulierung keine Effizienzanreize ableiten. Zweitens musste bei der Erhebung der Zugangsentgelte zwischen nachfragenden Schienenverkehrsdiensten unterschieden werden. Im Gegensatz dazu bildeten sich die Zugangsentgelte bisher auf Basis vordefinierter Streckenkategorien.[147] Eine mit den unionsrechtlichen Vorgaben und dem ERegG vereinbare Entgeltsystematik bestand damit nicht.

113. Die unionsrechtlichen Vorgaben erfordern, dass Betreibern der Schienenwege Anreize zur Kostensenkung geboten werden. Im deutschen Recht wurde das Vorgehen für die Anreizsetzung in Form einer Preisobergrenzenregulierung vorgegeben. Demnach sollen dem Betreiber der Schienenwege Anreize geboten werden, seine Gesamtkosten zu senken, welche die Bemessungsgrundlage für die Zugangsentgelte bilden. Auf Basis von § 25 Abs. 1 ERegG hat der Betreiber der Schienenwege der Regulierungsbehörde vor Beginn der Regulierungsperiode das Ausgangsniveau der Gesamtkosten darzulegen. Das Ausgangsniveau der Gesamtkosten unterliegt der Prüfung durch die Regulierungsbehörde und wird per Verwaltungsakt festgelegt. Gemäß § 25 Abs. 2 ist für jedes einzelne Netzfahrplanjahr innerhalb der Regulierungsperiode eine Obergrenze der Gesamtkosten festzusetzen. Die Bestimmung der Obergrenze der Gesamtkosten folgt einer Fortschreibung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten und unterliegt ebenfalls der Prüfung und Genehmigungspflicht durch die Regulierungsbehörde. Gemäß § 26 Abs. 2 ERegG darf die mit den Betriebsleistungen gewichtete Summe der erhobenen Entgelte die Obergrenze der Gesamtkosten nicht übersteigen. Gemäß § 25 Abs. 2 ERegG hat sich die Fortschreibung der Obergrenze der Gesamtkosten über die Regulierungsperiode an dem Konzept einer Preisobergrenzenregulierung zu orientieren, das auf der Anwendung eines Inflationierungs- und Produktivitätsfortschrittsfaktors basiert.[148] Die Anreize zur Effizienzsteigerung werden dabei wie folgt generiert. Entsprächen beispielsweise die Trassenerlöse des Betreibers der Schienenwege genau der festgelegten Obergrenze der Gesamtkosten, so würde es diesem gestattet, im Verlauf der Regulierungsperiode über eine Senkung seiner Kosten unter die Obergrenze Gewinne zu erwirtschaften.

114. Nach Feststellung der Obergrenze der Gesamtkosten sind die Entgelte des Betreibers der Schienenwege durch die Regulierungsbehörde zu prüfen und zu genehmigen.[149] Die Ausgestaltung der Entgelte des Betreibers der Schienenwege folgt insbesondere den §§ 31, 34 und 36 ERegG. Gemäß § 31 Abs. 1 ERegG sind die Entgelte für das Mindestzugangspa-

---

[146] Richtlinie 2012/34/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. November 2012 zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums (Neufassung), ABl. L 343 vom 14. Dezember 2012, S. 32.

[147] Zur Entgeltsystematik der DB Netz AG, wie sie seit 2001 im Grundsatz unverändert angewendet wurde, vgl. Monopolkommission, Zweites Sektorgutachten Bahn 2009 (Sondergutachten 55), Wettbewerb erfordert Weichenstellung, 1. Aufl. 2009, Tz. 208 ff.

[148] § 25 Abs. 2 ERegG. Die Preisobergrenzenregulierung geht auf S.C. Littlechild zurück und wurde im Rahmen der Privatisierung der British Telecom in den frühen 1980er Jahren entwickelt. Siehe Littlechild, S. C. (1983), Regulation of British Telecommunications' Profitability, Department of Industry, Report to the Secretary of State, London. In der Grundlogik der Preisobergrenzenregulierung sollen Preise nicht stärker ansteigen als die gesamtwirtschaftliche Inflationsrate und sektorspezifische Produktivitätsfortschritte berücksichtigen. Der Fortschreibungspfad der Entgelte folgt einem (IR-X)-Korrekturfaktor, wobei IR die Inflationsrate abbildet und X einen die Produktivitätsveränderung des regulierten Sektors erfassenden Prozentsatz darstellt.

[149] § 26 Abs. 2 ERegG.

ket in Euro je Trassenkilometer auszuweisen. Gemäß § 34 Abs. 3 ERegG sind die Entgelte in Höhe der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (uKZ), festzulegen. Die uKZ sind die Kosten, die dem Betreiber der Schienenwege im bestehenden Streckennetz aufgrund einer zusätzlichen Mengeneinheit als Mehrkosten entstehen.[150] Gemäß § 36 Abs. 1 ERegG hat der Betreiber der Schienenwege zudem Vollkostenaufschläge zu erheben, sodass alle entstehenden Kosten zur Bereitstellung des sogenannten Mindestzugangspakets gedeckt werden. Die einzelnen Positionen der zur Erbringung des Mindestzugangspakets anfallenden Gesamtkosten sind in Anlage 4 des ERegG definiert.[151] Bei der Zuordnung der Vollkostenaufschläge hat der Betreiber der Schienenwege nach Marktsegmenten zu differenzieren, die gemäß § 36 Abs. 2 ERegG anhand einer Unterscheidung von Verkehrsdiensten zu erfolgen hat. Dabei ist der relativen wirtschaftlichen Tragfähigkeit der einzelnen Marktsegmente Rechnung zu tragen.

3.1.2 Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben zur Anreizsetzung in der Entgeltregulierung

3.1.2.1 Festlegung und Fortschreibung der Gesamtkosten

115. Vor Beginn einer Regulierungsperiode muss das Ausgangsniveau der Gesamtkosten bestimmt werden. Dieses orientiert sich gemäß § 25 Abs. 1 ERegG an tatsächlich angefallenen Kosten. Zur Bemessung dieser Ist-Kosten ist der Betreiber der Schienenwege verpflichtet, der Regulierungsbehörde die durchschnittlichen Kosten sowie die durchschnittlichen zugehörigen Betriebsleistungen für die einzelnen Verkehrsdienste in Trassenkilometern bezogen auf das sogenannte Basisjahr darzulegen. Das Basisjahr bezeichnet einen Bezugszeitraum von einem bis zu fünf abgeschlossenen Geschäftsjahren in der Vergangenheit.[152] Für die erste Regulierungsperiode von 2019 bis 2023 setzte die Bundesnetzagentur als Bezugszeitraum die Jahre von 2014 bis 2016 fest. Eine Fortschreibung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten kann bis ins Jahr 2018, also bis vor Beginn der ersten Regulierungsperiode, erfolgen.[153] Damit soll sich das Ausgangsniveau der Gesamtkosten auf die Gesamtkosten des Jahres 2019 beziehen. Die Bundesnetzagentur legte per Verwaltungsakt, auf Basis von § 25 Abs. 1 ERegG, für die Gesamtkosten ein Ausgangsniveau in Höhe von EUR 5.307 Mio. fest.[154]

116. Basierend auf dem Ausgangsniveau der Gesamtkosten ist für den Zeitraum der Regulierungsperiode die Obergrenze der Gesamtkosten über die einzelnen Netzfahrplanjahre fortzuschreiben. Der Fortschreibungspfad hat dabei der Inflationsentwicklung und der Produktivitätsentwicklung Rechnung zu tragen. Der Inflationsfaktor bestimmt sich gemäß § 28 Abs. 1 ERegG aus dem Mittelwert der vom Statistischen Bundesamt ermittelten Werte für die Veränderung des Erzeugerpreisindexes gewerblicher Produkte. Hierfür wird für jedes Jahr der Mittelwert der Erzeugerpreisindizes gewerblicher Produkte aus den vorausgegangenen fünf Jahren gebildet.[155] Der Produktivitätsfaktor bezieht sich nicht auf die Produktivitätsentwicklung innerhalb des Eisenbahnsektors. Für diesen ist gemäß § 28 Abs. 2 ERegG der Mittelwert der vorausgegangenen fünf Jahre der vom Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung ermittelten Werte für die Veränderung der Produktivität für die Volkswirtschaftliche Gesamtrechnung für Deutschland gegenüber dem jeweiligen Vorjahr zugrunde zu legen.[156] Die von der Bundesnetzagentur festgestellten Obergren-

---

[150] Die Mehrmenge bezieht sich hierbei auf die gefahrenen Trassenkilometer. Damit entsprechen die uKZ den ökonomischen Grenzkosten.

[151] Gemäß Anlage 4, ERegG sind den Gesamtkosten aufwandsgleiche Kostenpositionen, Abschreibungen sowie eine zulässige Verzinsung für das eingesetzte Kapital, abzüglich der in Satz 4, Anlage 4, ERegG definierten kostenmindernden Erlöse zuzurechnen.

[152] § 25 Abs. 1 ERegG.

[153] Dem zugrunde liegt die Annahme, dass das Basisjahr nicht zwingend die Situation direkt vor Beginn der Regulierungsperiode widerspiegeln muss; BNetzA, Beschluss vom 28. Juni 2017, BK 10-17-0001_E, S. 9.

[154] BNetzA, Beschluss vom 28. Juni 2017, BK 10-17-0001_E.

[155] § 28 Abs. 1 ERegG.

[156] Ebenda, Abs. 2. Der Bestimmung liegt der jeweils aktuelle Jahresbericht des Sachverständigenrates zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung zugrunde.

zen der Gesamtkosten für die Netzfahrplanjahre 2019 und 2020 betragen EUR 5.299 Mio., beziehungsweise EUR 5.240 Mio.[157]

3.1.2.2 Ermittlung der Kapitalkosten

117. Gemäß Anlage 4 Nr. 5.1 ERegG wird dem Betreiber der Schienenwege zugestanden, eine angemessene Verzinsung des eingesetzten Kapitals geltend zu machen. Dabei ist die Kapitalverzinsung auf Basis der tatsächlichen Kapitalstruktur festzulegen.[158] Die Berechnung der Gesamtkapitalkosten erfolgt mittels Multiplikation der Gesamtkapitalbasis mit dem gewichteten Kapitalzins, dem sogenannten WACC (Weighted Average Cost of Capital). Dabei werden die Zinssätze des Fremd- sowie des Eigenkapitals auf kalkulatorischer Basis hergeleitet.[159]

118. Für die erste Regulierungsperiode setzte die Bundesnetzagentur einen gewichteten Gesamtkapitalzins (WACC) in Höhe von 5,9 Prozent fest. Der Eigenkapitalzins wurde auf 9,5 Prozent und der Fremdkapitalzins auf 3,2 Prozent festgesetzt. Insgesamt wurden durch die Bundesnetzagentur für das Ausgangsniveau der Gesamtkosten Kapitalkosten in Höhe von EUR 901 Mio. anerkannt. Demgegenüber hatte die DB Netz AG einen höheren gewichteten Gesamtkapitalzins von 7,5 Prozent und in Folge dessen die Anerkennung von deutlich höheren Kapitalkosten beantragt.[160]

119. Die Fremdkapitalkosten ergeben sich aus dem risikolosen Zinssatz und dem Fremdkapitalrisikozuschlag, welcher das unternehmensindividuelle Ausfallrisiko abbildet.[161] Der risikolose Zinssatz orientiert sich am zehnjährigen Durchschnitt der Umlaufrendite von Bundesanleihen und wurde mit 2,6 Prozent festgesetzt. Dieser Zinssatz wird gleichermaßen für die Berechnung der Eigenkapitalrendite im Rahmen des CAPM (capital asset pricing model) als Zinssatz für risikolose Anlagen hinzugezogen. Der Fremdkapitalrisikozuschlag für die DB Netz AG wird empirisch aus dem fünfjährigen Durchschnitt der Werte der DB-Guppe sowie weiterer staatsnaher Eisenbahnunternehmen errechnet, deren Rating mindestens das der DB-Gruppe erreicht.[162]

120. Die Berechnung des Eigenkapitalzinssatzes erfolgt im Rahmen des CAPM, dessen Anwendung aus der gesetzlichen Vorgabe zur Anwendung einer kapitalmarktüblichen Verzinsung abgeleitet wurde.[163] Dabei ist hinsichtlich des Anteils des Schienengüterverkehrs am Umsatz des Betreibers der Schienenwege zu unterscheiden.[164] Dadurch soll berücksichtigt werden, dass das systematische Risiko, insbesondere aufgrund von Nachfrageschwankungen, für Eisenbahninfrastrukturunternehmen mit einem anteilig zunehmenden Umsatz im Schienengüterverkehr steigt. Damit hat auch die zu gewährende Eigenkapitalverzinsung mit dem Anteil des Schienengüterverkehrs am Umsatz zu steigen. Dem liegt die

---

[157] BNetzA, Beschluss vom 21. August 2017, BK 10-17-0169_E, bzw. BNetzA, Beschluss vom 13. August 2018, BK 10-18-0004_E. Wegen der erstmaligen Berücksichtigung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung als qualifizierte Regulierungsvereinbarung ergab sich für das Netzfahrplan 2020 eine Erhöhung der Obergrenze um EUR 22 Mio. gegenüber dem ursprünglich ermittelten Wert. Vgl. hierzu auch Tz. 138, ff.

[158] Anlage 4 Nr. 5.2 ERegG.

[159] Die Herleitung des WACC (Weighted Average Cost of Capital) durch die Bundesnetzagentur erfolgt auf Grundlage der von der Bundesnetzagentur in Auftrag gegeben Gutachten Frontier Economics/IGES, Gutachten zur Bestimmung der Kapitalkosten für Eisenbahninfrastrukturunternehmen unter den besonderen Bedingungen des deutschen Eisenbahnsektors, ein Bericht für die Bundesnetzagentur, 2009, Aktualisierung 2013, Aktualisierung 2016.

[160] BNetzA, Beschluss vom 28. Juni 2017, BK 10-17-0001_E.

[161] Frontier Economics/IGES, Gutachten zur Bestimmung der Kapitalkosten für Eisenbahninfrastrukturunternehmen unter den besonderen Bedingungen des deutschen Eisenbahnsektors – 2. Aktualisierung 2016, ein Bericht für die Bundesnetzagentur, Juni 2016, S. 88 ff. sowie BNetzA, Beschluss vom 28. Juni 2017, BK 10-17-0001_E, S. 71 ff.

[162] Die Fremdkapitalkosten der DB Netz AG wurden nicht mit denen der DB AG gleichgesetzt, da angenommen wurde, dass die DB Netz AG aufgrund des Daseinsvorsorgeauftrages des Bundes ein höheres Rating als die DB Holding erhalten würde. Dementsprechend niedrig seien für die DB Netz AG die Kosten der Fremdkapitalfinanzierung. Damit bildet der Fremdkapitalrisikozuschlag der DB AG (bei einem Rating von AA) mit 0,66 Prozent die Obergrenze des Durchschnittswertes. Für die Untergrenze des Durchschnittswertes wurde der Fremdkapitalrisikozuschlag der ÖBB (bei einem Rating von AA+) mit 0,56 Prozent hinzugezogen.

[163] Anlage 4 Nr. 5.1 ERegG. Zur Methodik des CAPM vgl. beispielsweise Schmidt, R./ Terberger-Stoy, E., Grundzüge der Investitions- und Finanzierungstheorie (4. Auflage), Gabler Verlag, Wiesbaden 1997, S. 341 ff.

[164] Anlage 4 Nr. 5.2.2 ERegG.

Annahme zugrunde, dass im Gegensatz zum Schienenpersonenverkehr systematische Risiken im Schienengüterverkehr überwiegend von den Eisenbahninfrastrukturgesellschaften und nicht von den Eisenbahnverkehrsunternehmen getragen werden.

3.1.2.3 Marktsegmentierung zur Entgeltbildung

121. Auf Grundlage der gesetzlichen Vorgaben sind die Anlastung von Vollkostenaufschlägen und damit die Bildung der Zugangsentgelte anhand von Marktsegmenten durchzuführen. Bei deren Bildung ist mindestens zwischen Schienengüterverkehrsdiensten, Schienenpersonennahverkehrsdiensten und Schienenpersonenfernverkehrsdiensten zu unterscheiden (§ 36 Abs. 2 ERegG). Eine weitere Segmentierung erfolgt nach Art der transportierten Güter oder Personenbeförderung (§ 36 Abs. 3 ERegG). Die Festlegung der Marktsegmente erfolgte durch die DB Netz AG und unterlag der Prüfung durch die Bundesnetzagentur.[165] In der Umsetzung der Trassenpreissystematik werden nicht nur Aufschläge zur Kostendeckung, sondern auch die uKZ den jeweiligen Marktsegmenten zugeordnet.[166] Die einzelnen Marktsegmente innerhalb der übergeordneten Verkehrsdienste des Schienenpersonenfernverkehrs, Schienengüterverkehrs und Schienenpersonennahverkehrs werden im Folgenden dargestellt.

122. Im Schienenpersonenfernverkehr ist der Endkundenmarkt nach Aufkommen und Struktur der Fahrgäste anhand der weiteren Kriterien Relation, Verkehrszeit, Durchschnittsgeschwindigkeit, Priorisierung, zeitliche Flexibilität, Anschlüsse/ Netzbildung und Frequenz segmentiert.[167] Das Kriterium Relation erlaubt beispielsweise eine geografische Segmentierung des Fahrgastaufkommens. So kann unterschieden werden, ob eine Strecke sogenannte Metropolbahnhöfe mit einem Fahrgastaufkommen von mehr als 50.000 Reisenden pro Tag verbindet. Basierend auf diesen Kriterien wurden die Marktsegmente „Metro Tag“, „Metro Tag Express“, „Basic“, „Basic Express“, „Nacht“, „Nacht Express“, „Charter/ Nostalgie“, „Lok-/ Leerfahrt“, „Lok-/ Leerfahrt Express“ und „Punkt-zu-Punkt“ durch die DB Netz AG definiert.[168] Die Bundesnetzagentur genehmigte die beantragten Marktsegmente, da diese eine hinreichende Homogenität hinsichtlich der ihnen zugeordneten Endkundennachfrager aufwiesen.[169] Der überwiegende Teil des Fernverkehrs der DB-Gruppe verkehrt zwischen Metropolbahnhöfen und ist damit den Segmenten Metro zuzuordnen.[170] Im Marktsegment Punkt-zu-Punkt fährt mit Flixtrain der einzige Schienenpersonenfernverkehr-Wettbewerber der DB-Gruppe im Regelbetrieb. Zwar sind dort die Trassenentgelte günstiger als in den Metro-Segmenten, allerdings wurden die Marktsegmentierungskriterien restriktiv festgelegt. So dürfen Punkt-zu-Punkt Verkehre zwischen Metropolbahnhöfen eine Durchschnittsgeschwindigkeit von 130 km/h nicht überschreiten und pro Verkehrstag und Richtung in jedem bestellten Halteabschnitt höchstens vier Fahrten anmelden. Zudem besteht per Definition keine Netzbildung, was bedeutet, dass keine bestellten Anschlüsse an den bedienten Personenverkehrshalten bestehen dürfen.

---

[165] BNetzA, Beschluss vom 6. Februar 2017, BK 10-16-0008_E, S. 70 ff. Laut DB Netz AG waren bei der Bestimmung der Marktsegmente die Kosten für die Erbringung der Verkehrsleistungen, ihre Marktpreise und Anforderungen an die Dienstleistungsqualität maßgeblich; Anlage 6.1. zu den Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2018.

[166] Vgl. DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2019), Anlage 6.1: Beschreibung der Herleitung der Marktsegmentierung, der Herleitung der Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebes anfallen und der Herleitung der Vollkostenaufschläge, Version vom 9. Dezember 2018, S. 19 ff. sowie BNetzA, Beschluss vom 6. Februar 2017, BK 10-16-0008_E, S. 72 ff. Die Marktsegmente sind so feingliedrig gewählt, dass sich diese oft nicht wesentlich hinsichtlich ihrer uKZ unterscheiden. Daher wurden sechs uKZ-Cluster (Schienenpersonenfernverkehr Standard, Schienenpersonennahverkehr Standard, Schienengüterverkehr Standard, Schwerer Schienengüterverkehr, Schienengüterverkehr Nahverkehr und Lok/Leerfahrt) gebildet, innerhalb derer sich Marktsegmente anhand vordefinierter Gewichtungsparameter zusammenfassen lassen.

[167] Ebenda, S. 8 ff.

[168] DB Netz AG, Das genehmigte Trassenpreissystem 2018, S. 6. Für einzelne Erläuterungen der Marktsegmente vgl. DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2019), Anlage 6.1., a. a. O., S. 8 ff.

[169] BNetzA, ebenda, S. 72.

[170] Als Metropolbahnhöfe werden Bahnhöfe mit mehr als 50.000 Reisenden pro Tag bezeichnet. Die Preisbildung innerhalb des Oberbegriffs Metro erfolgt anhand des Segmentierungskriteriums Durchschnittgeschwindigkeit. Für Fernzüge, die eine Durchschnittsgeschwindigkeit größer gleich 160 km/h oder kleiner gleich 100 km/h erreichen wird ein einheitlicher Preis festgesetzt. Für Werte zwischen 100 km/h und 160 km/h steigt die Bepreisung in linearem Zusammenhang mit der erreichten Durchschnittsgeschwindigkeit; DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2019), Anlage 6.1., a. a. O., S. 11.

123. Im Schienengüterverkehr kann gemäß § 36 Abs. 3 ERegG eine weitere Untergliederung in Marktsegmente anhand der Art der transportierten Güter erfolgen. Da sich eine Definition von Marktsegmenten nach Art der transportierten Güter schwierig gestaltet, definierte die DB Netz AG hierfür Hilfskriterien. Diese beziehen sich auf das zu transportierende Gut, die Konfiguration des Zuges sowie die Flexibilität der Nachfrager hinsichtlich der zeitlichen und räumlichen Trassenkonstruktion. Die aus den Hilfskriterien abgeleiteten Marktsegmente im Schienengüterverkehr sind „Sehr schwer“, „Gefahrgutganzzug“, „Gefahrgutgüternahverkehr“, „Güternahverkehr“, „Lokfahrt“ und „Standard“.[171] Dabei kann eine weitere Subsegmentierung in Standard-Segmente ohne Flexibilitätsanforderungen und in die Subsegmente Z-Flex und R-Flex erfolgen.[172]

124. Der Schienenpersonennahverkehr wird im Rahmen öffentlicher Dienstleistungsaufträge bestellt. Die Bestimmung der Zugangsentgelte hat gesondert auf Grundlage von § 37 Abs. 2 ERegG zu erfolgen. Dabei sind die Entgelte so zu wählen, dass sie den durchschnittlichen Entgelten im jeweiligen Bundesland in der Netzfahrplanperiode 2017 entsprechen. Anpassungen der Entgelte sind bei Änderungen der Regionalisierungsmittel mit gleicher Änderungsrate vorzunehmen. Die Marktsegmentierung richtet sich somit ausschließlich nach Bundesländern, wobei eine weitere Untergliederung nach dem sachlichen Kriterium einer Unterscheidung nach Last- und Leerverkehren erfolgt.[173]

3.1.2.4 Bestimmung der Zugangsentgelte

125. Zur Erfüllung der gesetzlichen Vorgaben des § 36 ERegG hinsichtlich der Zuordnung von Vollkostenaufschlägen entwickelte die DB Netz AG eine auf dem ökonomischen Konzept der Ramsey-Boiteux-Preisbildung beruhende Entgeltsystematik. Dabei werden Vollkostenaufschläge den einzelnen Marktsegmenten in inverser Proportion zur Preiselastizität der Endkundennachfrage zugeordnet. In der Folge leisten Marksegmente, in denen die Endkunden weniger stark auf Preisänderungen reagieren, einen höheren Beitrag zur Deckung der Gesamtkosten und umgekehrt. Das zugrundeliegende ökonomische Modell dient der wohlfahrtsmaximierenden Zuordnung von Fixkosten eines natürlichen Mehrprodukt-Monopolisten über seine einzelnen Güterpreise. Dem liegt die Problematik zugrunde, dass eine hinsichtlich der Trassennutzung effiziente Lösung, in der die Preise den Grenzkosten entsprechen, nicht unter der Bedingung einer Deckung der Fixkosten erreicht werden kann.[174] Das Ramsey-Boiteux-Modell resultiert in einer sogenannten zweitbesten Lösung. Demnach wird die effiziente Lösung geringstmöglich verzerrt, wenn sich die Preisbildung zur Deckung der Fixkosten an den Preissensitivitäten der einzelnen Nachfragegruppen orientiert.[175]

---

[171] Die Bundesnetzagentur bewertete die Segmentierung als hinreichend homogen und bewilligte diese entsprechend (BNetzA, Beschluss vom 6. Februar 2017, BK 10-16-0008_E, S. 83). Eine besondere Bedeutung hat das Segment „Standard“, da innerhalb diesem über 78 Prozent aller Güterzüge verkehren. Vgl. unter anderem Berschin, F., Trassenpreise steigen so stark wie nie zuvor, Bahn-Report 2/2018.

[172] DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2019), Anlage 6.1., a. a. O., S. 15. Die Optionen Z-Flex und R-Flex stellen Konkretisierungen an die Flexibilitätsanforderungen des Trassenangebots dar. Die Option Z-Flex bezieht sich auf das Kriterium zeitliche Flexibilität und räumt der DB Netz AG einen Spielraum bei der Konstruktion des Trassenangebots von +/- 120 Minuten in Bezug auf den Abfahrts- und Ankunftszeitpunkt ein. Die Option R-Flex bildet das Kriterium räumliche Flexibilität ab und gewährt der DB Netz AG die freie Wahl der Laufwege bei Beibehaltung des Start- und Zielortes.

[173] BNetzA, ebenda, S. 49 ff.

[174] Grenzkostenpreise führen zu einer effizienten Lösung, da kein Zugangsberechtigter von der Nutzung der Schieneninfrastruktur ausgeschlossen wird, sofern dieser bereit ist, einen Preis zu zahlen, der die von ihm zusätzlich verursachten Kosten abbildet.

[175] Vgl. hierzu beispielsweise Train, K., Optimal Regulation: The Economic Theory of Natural Monopoly, The MIT Press, 1991. Auf den Schienenverkehrsmarkt angewandt ergibt sich die entsprechende Formel zur Bestimmung der Vollkostenanlastung nach dem Ramsey-Boiteux-Prinzip für ein repräsentatives Marktsegment i wie folgt: $(p_i - uKZ_i)/p_i = \mu / \varepsilon_i$. Vgl. Anlage 6.1. zu den Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2019, a. a. O., S. 33. Hierbei bezeichnet p_i den Trassenpreis, ε_i ist die Preiselastizität der Trassennachfrage und uKZ_i sind die unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs. Der Skalierungsparameter μ, welcher Werte im Bereich zwischen 0 und 1 annehmen kann, dient der formalen Berücksichtigung der Bedingung der Gesamtkostendeckung in der Optimierung der sozialen Wohlfahrt. Er entspricht damit einem Schattenpreis, der angibt, um wieviel die Nettowohlfahrt bei einer Verringerung der Gesamtkosten steigt.

126. Die Ermittlung der Preiselastizität der Trassennachfrage eines spezifischen Marktsegments basiert auf der empirischen Schätzung der Preiselastizität der Endkundennachfrage der Eisenbahnverkehrsunternehmen.[176] Dabei wird von einer Durchreichquote einer Trassenentgelterhöhung durch den Infrastrukturbetreiber an die Endkunden von 100 Prozent ausgegangen. Da die Trassenentgelte aber lediglich einen Teil der Kosten der Eisenbahnverkehrsunternehmen ausmachen, fällt bei einer Änderung der Trassenentgelte die entsprechende prozentuale Änderung der Endkundenpreise geringer aus. Somit ist die Trassennachfrage unelastischer als die Endkundennachfrage.[177]

127. Die praktische Umsetzung der Trassenpreisbildung nach Ramsey-Boiteux kann in ihrer Gänze nicht über alle Verkehrsdienste erfolgen. Ursächlich dafür ist, dass der SPNV durch die Aufgabenträger bestellt wird, deren Zahlungsbereitschaft sich an den Regionalisierungsmitteln des Bundes orientiert. Daher kann angenommen werden, dass die Aufgabenträger eine besonders niedrige Preissensitivität aufweisen. Bei einer uneingeschränkten Anwendung der Ramsey-Boiteux-Methodik über alle Verkehrssegmente, bestünde daher die Gefahr, dass der SPNV besonders hohe Vollkostenaufschläge zu tragen hätte.[178] Daher wurde die Entgeltentwicklung im SPNV gesetzlich an den Dynamisierungsfaktor der Regionalisierungsmittel gekoppelt (§ 37 Abs. 2 ERegG). Die Regionalisierungsmittel wurden zum Jahr 2017 auf EUR 8,2 Mrd. p.a. festgesetzt. Dieser Betrag soll bis zum Jahr 2031 mit einem Dynamisierungsfaktor von jeweils 1,8 Prozent pro Jahr steigen.[179] Die Preisbildung im Schienenpersonennahverkehr ist damit nicht an die Preiselastizität der Endkundennachfrage gebunden. Im Hinblick auf die Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung implementiert diese Vorgehensweise eine Kostenfiktion, sodass die sich an den Regionalisierungsmitteln der Länder orientierenden Umsätze des SPNV immer dessen Kosten abbilden. Die dem SPFV und dem SGV zuordenbaren Kosten entsprechen folglich der Differenz zwischen den Gesamtkosten und dem fiktiven Kostenblock des SPNV. Würden also durch den Betreiber der Schienenwege Kostensenkungen im Rahmen der Anreizsetzung realisiert, so wirkten sich diese lediglich dämpfend auf die Vollkostenaufschläge des SPFV und des SGV aus, während die festgesetzte Entgeltentwicklung im SPNV unberührt bliebe. Gleiches gilt allerdings auch bei Steigerungen der Gesamtkosten. Diese müssten dementsprechend über eine ausschließliche Erhöhung der Vollkostenaufschläge des SPFV und des SGV vom Markt getragen werden.

3.1.3 Zugangsentgelte verzeichnen auch nach Einführung der Anreizregulierung weiterhin kontinuierliche Anstiege

128. Gemäß Artikel 30 Abs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU sind den Infrastrukturbetreibern „unter gebührender Berücksichtigung der Sicherheit und der Aufrechterhaltung und Verbesserung der Qualität der Fahrwegbereitstellung Anreize zur Senkung der mit der Fahrwegbereitstellung verbundenen Kosten und der Zugangsentgelte zu geben.“ Da es sich bei dem deutschen Betreiber der Schienenwege um ein natürliches Monopol handelt, kann davon ausgegangen werden, dass Anreize zur Effizienzsteigerung aufgrund fehlenden Wettbewerbs nur begrenzt oder gar nicht vorhanden sind. Ineffizient hohe Kosten könnten, falls keine regulatorischen Eingriffe vorlägen, an die Eisenbahnverkehrsunternehmen weitergegeben werden, da diese nicht auf eine alternative Infrastruktur ausweichen können. Gemäß § 25 ERegG hat die Anreizsetzung zur Kostensenkung für den deutschen Schienenwegebetreiber dem Konzept einer Preisobergrenzenregulierung zu folgen. Demnach sind ein Inflationsausgleich und ein Produktivitätsfortschritt auf die mit der Bereitstellung der Schienenwege verbundenen Obergrenze der Gesamtkosten in Anrechnung zu bringen. Diese Obergrenze bestimmt den maximal zulässigen Betrag, den der Betreiber der Schienenwege über die Zugangsentgelte einnehmen darf. Die

---

[176] Die dem Trassenpreissystem 2018 der DB Netz AG zugrundeliegenden Schätzungen stammen im Schienenpersonenfernverkehr von der TNS Infratest Verkehrsforschung und im Schienengüterverkehr von der Beratergruppe Verkehr und Umwelt GmbH. Vgl. DB Netz AG, Anlage 6.1. zu den Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2019 (SNB 2019), Anlage 6.1., a. a. O., S. 35 ff.

[177] DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2019), Anlage 6.1., a. a. O., S. 33. Formal wird die Trassenpreiselastizität eines spezifischen Marktsegments i mit dem Produkt aus der Endkundenpreiselastizität (ε_i^{EK}) und dem Verhältnis aus Trassenpreis (p_i) und Umsatz je Trassenkilometer (U) abgebildet. Damit errechnet sich die Trassenpreiselastizität aus der Formel $\varepsilon_i = \varepsilon_i^{EK} * \frac{p_i}{U}$.

[178] Zudem würde so ein Konstrukt geschaffen, in dem sich der Länderbeitrag zur Vorhaltung der Schienenwege anhand eines auf Preisreagibilitäten basierenden theoretischen Konzeptes bestimmt, welches aufgrund der geschilderten speziellen Nachfragesituation im Schienenpersonennahverkehr dort nicht anwendbar ist.

[179] Viertes Gesetz zur Änderung des Regionalisierungsgesetzes vom 1. Dezember 2016, § 5.

Formulierung einer Kostenobergrenze ermöglicht es der Regulierungsbehörde prinzipiell, auch ohne genaue Kenntnisse der Kostensenkungspotenziale und Nachfragebedingungen des Betreibers der Schienenwege, eine Situation herbeizuführen, bei der es im Verlauf der Regulierungsperiode zu keiner realen (preislichen) Verschlechterung für die nachfragenden Eisenbahnverkehrsunternehmen kommt.[180] Dabei entfaltet sich eine Anreizwirkung zur Effizienzsteigerung, weil es dem Betreiber der Schienenwege gestattet wird, Überschussgewinne zumindest teilweise einzubehalten. Entsprechende Überschussgewinne entstehen, wenn Bemühungen zur Effizienzsteigerung zu einer stärkeren Kostensenkung führen, als durch den auf die Kostenobergrenze angewandten Pfad von Inflationsausgleich und Produktivitätsfortschritt vorgegeben. Es ist daher davon auszugehen, dass es dieses Konzept vermag, Anreize zur effizienten Kostenreduktion zu setzen, ohne dass es zu Verzerrungen aufgrund möglicher Informationsasymmetrien zwischen der Regulierungsbehörde und dem Betreiber der Schienenwege kommt.

129. Die Bestimmung der zulässigen Trassenentgelte für die einzelnen Marktsegmente erfolgt anhand des Ramsey-Boiteux-Prinzips. Durch die Anwendung des Ramsey-Boiteux-Prinzips gestaltet sich die Preisbildung über eine Kostenzuordnung nach Nachfrageelastizitäten vergleichsweise transparent und entspricht zudem den Grundsätzen einer aus wohlfahrtsökonomischer Perspektive begründeten Kostenallokation. Zudem stellt die Vollkostenanlastung nach Ramsey-Boiteux, im Gegensatz zu den vorhergehenden Entgeltsystematiken, eine mit den unionsrechtlichen Vorgaben konforme Vorgehensweise dar.

130. Dennoch muss im Hinblick auf die Einführung der Anreizsetzung in der Entgeltregulierung des deutschen Schienenwegebetreibers festgestellt werden, dass die gewünschten Effekte hinsichtlich einer Reduktion der Entgelte bisher nicht eingetreten sind. So ging die Einführung der Anreizregulierung mit einer weiteren kontinuierlichen Steigerung der Trassenpreise einher. Die durchschnittlichen Entgeltsteigerungen zu Beginn der ersten Regulierungsperiode mit Übergang zur Netzfahrplanperiode 2019 waren die höchsten seit der Bahnreform 1994.[181] Im Durchschnitt stiegen die Trassenpreise im SPFV um 3,2 Prozent und im SGV um 2,8 Prozent.[182] Damit lagen die Preissteigerungen weit über der entsprechenden Inflationsrate von 1,3 Prozent für den Zeitraum zwischen März 2018 und März 2019.[183] Bereits zuvor verzeichneten die Trassenpreise einen stetigen Anstieg und insbesondere im Schienenpersonenverkehr nahmen die deutschen Trassenentgelte auch im europäischen Vergleich Spitzenplätze ein. Ein Vergleich der Trassenpreisgestaltung innerhalb der EU-Mitgliedsstaaten zuzüglich der Schweiz zeigt, dass beispielsweise im SPFV das durchschnittliche Trassenentgelt im Jahr 2017 bei 7,61EUR/Trkm lag und somit maßgeblich oberhalb des gewichteten europäischen Durchschnittspreises in Höhe von 4,80 EUR/Trkm.[184] Die Abbildungen 3.1 und 3.2 verdeutlichen, dass sich eine generelle Steigerung der Entgelte im SPFV und im SGV auch in den Übergängen zu den Netzfahrplanjahren 2019 und 2020 einstellte.[185] Lediglich im SPFV bildet das Entgelt im Segment Punkt-zu-Punkt eine Ausnahme, da die Bundesnetzagentur dieses

---

[180] Insbesondere sollen die Zugangsentgelte nicht stärker ansteigen als die Inflationsrate. Dementsprechend sollten die Eisenbahnverkehrsunternehmen zu den heutigen Entgelten die gleiche Leistung einzukaufen können wie in der vorangegangenen Netzfahrplanperiode, ohne dass ihnen dadurch Mehrausgaben entstehen. Vgl. Knieps, G., Price Cap als innovatives Regulierungsinstrument in liberalisierten Netzsektoren, Vortrag auf dem 32. Verkehrswissenschaftlichen Seminar in Hinterzarten vom 6. bis 8. Oktober 1999.

[181] Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die DB Netz AG zwar bereits zum Fahrplanwechsel im Dezember 2017 mit dem sogenannten „Trassenpreissystem 2018“ die novellierte Entgeltsystematik nach Ramsey-Boiteux einführte. Allerdings bezogen sich die den Preisen zugrundeliegenden Kosten für die Erbringung des Mindestzugangspakets dabei noch nicht auf das Ausgangsniveau der Gesamtkosten für die erste Regulierungsperiode.

[182] Berschin, F., Trassenpreise steigen so stark wie nie zuvor, Bahn-Report 2/2018. Hierbei ist die Deckelung der Preise des Schienenpersonennahverkehrs gemäß § 37 ERegG zu beachten.

[183] Statista.de.

[184] PricewaterhouseCoopers, Studie zur Gestaltung und Entwicklung der Eisenbahninfrastrukturpreise in Europa, Studie im Auftrag der Deutschen Bahn AG, Berlin, 2018: Untersucht wurden die Network Statements von insgesamt 27 Mitgliedsstaaten der EU sowie der Schweiz.

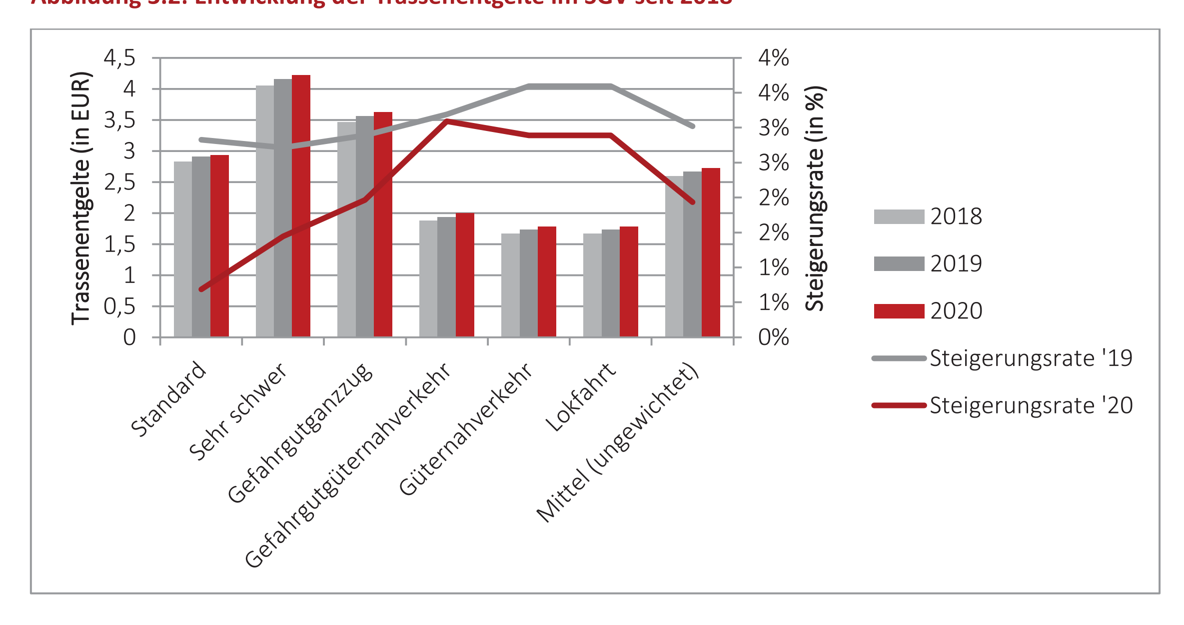
[185] Zu einer ähnlichen Feststellung gelangt auch die Bundesnetzagentur; BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2018, Bonn, 2018.

per Beschluss für die Netzfahrplanperioden 2019 und 2020 maßgeblich gegenüber dem Antrag der DB Netz AG reduzierte.[186]

Abbildung 3.1: Entwicklung der Trassenentgelte im SPFV seit 2018

Quellen: Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB-Netz AG 2018, 2019 und 2020; eigene Darstellung.

Abbildung 3.2: Entwicklung der Trassenentgelte im SGV seit 2018



Quellen: Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB-Netz AG 2018, 2019 und 2020; eigene Darstellung.

131. Der neuerliche Anstieg der Trassenentgelte kann allerdings nicht auf ein generelles Versagen der Anreizsetzung zur Gesamtkostensenkung zurückgeführt werden. Auch ist nicht davon auszugehen, dass hierbei die Preisbildung nach Ramsey-Boiteux ursächlich ist. Für die Netzfahrplanjahre 2019 und 2020 waren Entgeltsteigerungen insbesondere auch deshalb möglich, weil die von der Bundesnetzagentur zugrunde gelegten Referenzerlöse aus den genehmigten Entgelten

[186] So liegt das genehmigte Entgelt für die Netzfahrplanperiode 2020 19 Prozent unterhalb des Antrags der DB Netz AG. Vgl. BNetzA, Bundesnetzagentur genehmigt Trassenentgelte der DB Netz AG für 2020, Pressemitteilung vom 13. Februar 2019.

die festgesetzte Obergrenze der Gesamtkosten noch nicht erreicht hatten.[187] Darüber hinaus bestehen jedoch besondere regulatorische Aspekte, die einer kostendämpfenden Anreizwirkung im Hinblick auf die Ausgestaltung des Ausgangsniveaus und der Obergrenze der Gesamtkosten entgegenstehen. Eine möglichst hohe Kostenobergrenze liegt im Interesse des Betreibers der Schienenwege. Dadurch ergibt sich im Verlauf der Regulierungsperiode die Möglichkeit, über Effizienzsteigerungen höhere Margen zwischen den über die Kostenobergrenze bestimmten zulässigen Trasseneinnahmen und den tatsächlich realisierten Kosten zu erwirtschaften. Dementsprechend kann auch angenommen werden, dass es bereits vor Beginn der Regulierungsperiode für den Betreiber der Schienenwege vorteilhaft ist, dass sich ein möglichst hohes Ausgangsniveau der Gesamtkosten einstellt. In diesem Kontext lässt sich beispielsweise anzweifeln, ob die kalkulatorische Ermittlung der Kapitalkosten, die dem Ausgangsniveau der Gesamtkosten für die erste Regulierungsperiode zugrunde lagen, auf tatsächliche Risiken potenzieller Kapitalgeber abstellt. Auch kann eine generelle Unvereinbarkeit der LuFV mit der Anreizsetzung zur Kostensenkung unterstellt werden. Demgemäß führte die Anerkennung der LuFV II als qualifizierte Regulierungsvereinbarung nicht nur zu einer unmittelbaren Erhöhung der Obergrenze der Gesamtkosten, sondern sorgt auch dafür, dass ein großer Teil des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten ohne das Setzen von Effizienzanreizen in die Entgeltberechnung eingeht. Auch kann die Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung dadurch verzerrt werden, dass bei der Fortschreibung der Obergrenze der Gesamtkosten über die Regulierungsperiode keiner sektorspezifischen sondern lediglich einer gesamtwirtschaftlichen Produktivitätsentwicklung Rechnung getragen wird. Führten diese regulatorischen Besonderheiten tatsächlich zu Überhöhungen des Ausgangsniveaus bzw. der Obergrenze der Gesamtkosten, so müssten diese aufgrund der in § 37 ERegG verankerten Trassenpreisbremse für den SPNV in überwiegendem Maße von den Verkehren des SPFV und SGV getragen werden. Dies würde die effiziente Preisbildung nach Ramsey-Boiteux verzerren.

132. Die Geltendmachung eines hohen Ausgangsniveaus der Gesamtkosten ist regulierungsrechtlich unbedenklich, soweit dorthinein Kosten eingehen, die auf einer ordnungsgemäßen Abschätzung der Kapitalkosten beruhen oder anerkennungsfähige Kosten in der LuFV II darstellen. Dabei ist die DB-Gruppe auch nicht verpflichtet, zunächst kostensenkende Maßnahmen zu ergreifen. Die DB-Gruppe behält insoweit vielmehr regulierungsrechtliche Freiräume. Allerdings kann ein Verhalten, bei dem sie derartige Freiräume nutzt, um auf kostensenkende Maßnahmen zu verzichten und über die Geltendmachung hoher Kosten Wettbewerber zu behindern, Bedenken nach dem Missbrauchsverbot des Art. 102 AEUV auslösen. Im Fall der DB-Gruppe gibt es konkreten Anlass für solche Bedenken. Ein Verhalten der DB-Gruppe, das sowohl regulierungsrechtlich als auch missbrauchsrechtlich unbedenklich wäre, läge demgegenüber vor, wenn die DB-Gruppe zunächst kostensenkende Maßnahmen ergreifen würde und als Ausgangsniveau der Gesamtkosten nur die im Anschluss verbleibenden Kosten geltend machen würde.

133. In den folgenden Abschnitten werden die Kapitalkosten, die LuFV und der Anreizpfad im Übrigen mit Blick auf das Ziel einer Kostensenkung aus regulierungsökonomischer und -rechtlicher Sicht gewürdigt. Außerdem erfolgt eine Stellungnahme zur Vereinbarkeit des SPNV mit einer effizienten Preissetzung nach Ramsey-Boiteux. Die missbrauchsrechtlichen Risiken des gegenwärtigen Systems werden später in einem separaten Abschnitt herausgearbeitet.[188]

---

[187] BNetzA, Beschluss vom 06. Oktober, 27. Oktober und 06. November 2017, BK 10-17-0314_E, S. 105 ff. Im Genehmigungsbeschluss der Trassenentgelte für das Netzfahrplanjahr 2019 schätzte die Bundesnetzagentur diesen Differenzbetrag, den sogenannten Entgeltpuffer, auf eine Höhe von bis zu EUR 200 Mio. Die Obergrenze der Gesamtkosten dient lediglich zur Begrenzung der zu genehmigenden Entgelte und muss nicht den Gesamtkosten des Mindestzugangspakets entsprechen. Für das Netzfahrplanjahr 2019 gab die Bundesnetzagentur gemäß § 31 Abs. 2 ERegG sogar einer durch die DB Netz angezeigten Kostenunterdeckung statt. Demnach machte die DB Netz AG geltend, dass ihre prognostizierten Gesamtkosten die erwarteten Entgelterlöse um einen Betrag zwischen EUR 135 und 175 Mio. überschreiten würden. Allerdings geht die Bundesnetzagentur davon aus, dass diese Kostenunterdeckung nur kurzfristig Bestand hat. So sei zu erwarten, dass sich in mittlerer Frist die Gesamtkosten und die Erlöse aus Trasseneinnahmen der Obergrenze der Gesamtkosten annähern (ebenda, S. 105). Auch argumentierte die Bundesnetzagentur, dass eine Berücksichtigung der Kostenunterdeckung in der Festsetzung der Obergrenze der Gesamtkosten schon deswegen nicht geboten wäre, da der DB Netz AG eine kalkulatorische Kapitalrendite zugestanden würde. Eine Berücksichtigung wäre nur dann in Erwägung zu ziehen, wenn bei der Gewinn- und Verlustrechnung der Gewinn und die Fahrwegausgaben nicht ausgeglichen würden. Jedoch berücksichtige die Gewinn- und Verlustrechnung keine kalkulatorische Kapitalrendite. Vgl. BNetzA, Beschluss vom 13. August 2018, BK-10_18-0004_E, S. 18.

[188] Siehe unten Abschn. 3.3.1.

3.1.3.1 Eigenkapitalkosten stellen nicht auf die Position der DB Netz AG als bundeseigenes Unternehmen ab

134. Aus Sicht der Monopolkommission ist zu hinterfragen, ob die für die Bestimmung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten gewährte Eigenkapitalverzinsung die rechtliche Sonderstellung der DB Netz AG als Unternehmen in alleiniger Eigentümerschaft des Bundes adäquat abbildet. In der Berechnung des Eigenkapitalkostenzinssatzes mittels CAPM bedarf es einer Kalkulation des unternehmensindividuellen Eigenkapitalrisikos. Dieses wird in Relation zum Gesamtmarkt über den Beta-Faktor dargestellt, der wiederum basierend auf einer „Peer Group" börsengehandelter Vergleichsunternehmen bestimmt wird. Die Problematik hinsichtlich der DB Netz AG besteht nun darin, eine geeignete Gruppe von Unternehmen zu bilden, bei denen das Risiko einer Eigenkapitalinvestition vergleichbar mit dem Risiko einer (hypothetischen) Eigenkapitalinvestition in die DB Netz AG ist. So kann für die DB Netz AG aufgrund des Daseinsvorsorgeauftrages des Bundes und der damit verbundenen Privatisierungssperre für dessen Eisenbahninfrastrukturunternehmen eine „implizite Staatsgarantie" unterstellt werden.[189] Darüber hinaus leitet sich aus § 1 BahnG für die Eisenbahninfrastruktur ein gesetzlicher Insolvenzschutz ab. Das unternehmerische Wagnis der DB Netz AG kann somit als vergleichsweise gering erachtet werden. Hinzu kommt, dass es weltweit kein einziges börsennotiertes Infrastrukturunternehmen gibt, welches zum Vergleich herangezogen werden könnte. Als Referenz wurden daher börsengehandelte Unternehmen aus anderen Transportbereichen und Sektoren gewählt, die „ähnlichen Risiken wie Eisenbahninfrastrukturunternehmen ausgesetzt sind."[190] Zur Bestimmung des gesamten systematischen Risikos wurden Unternehmen ausgewählt, welche innerhalb der Teilrisikobereiche Nachfragerisiko, Kostenrisiko und Risiko aus Regulierung mit der DB Netz AG vergleichbar sein sollen. Zur Herleitung des Nachfragerisikos für die DB Netz AG wurde zwischen Schienenpersonen- und Schienengüterverkehr differenziert, wobei für beide Segmente integrierte Verkehrsgesellschaften und im Schienengüterverkehr zusätzlich Häfen hinzugezogen wurden. Insbesondere im Hinblick auf die Beta-Faktoren der hinzugezogenen Unternehmen zur Abbildung des Nachfragerisikos im Schienengüterverkehr ist anzuzweifeln, dass diese auf die tatsächliche Situation der DB Netz AG abstellen. Zwar teilte die Monopolkommission in der Vergangenheit die Einschätzung, dass systematische Risiken des Schienengüterverkehrs aufgrund der volatilen Nachfragesituation bei der Bestimmung der Kapitalkosten Berücksichtigung finden sollten.[191] Allerdings darf dabei nicht die rechtliche Sonderstellung der DB Netz AG außer Acht gelassen werden, da diese eine direkte Vergleichbarkeit der Auswirkungen dieser Risiken auf die Kapitalkosten mit denen börsennotierter Unternehmen unmöglich macht.

135. Generell ist zu konstatieren, dass es über die Einbeziehung börsennotierter Unternehmen in die Kalkulation des Eigenkapitalzinssatzes der DB Netz AG zu einer Überschätzung der Kapitalkosten kommen kann.[192] Die entsprechend hohen kalkulatorischen Eigenkapitalkosten sind auch nach Einschätzung der Bundesnetzagentur eine maßgebliche Ursache für die auch nach Beginn der Regulierungsperiode ansteigenden Trassenentgelte.[193] Auch im Vergleich mit anderen Sektoren erscheint der gewährte Eigenkapitalzinssatz in Höhe von 9,5 Prozent als hoch angesetzt. So setzte die Bundesnetzagentur den Eigenkapitalzinssatz für Betreiber von Strom- und Gasversorgungsnetzen für die 2019 beginnende dritte Regulierungsperiode mit 6,91 Prozent für Investitionen in Neuanlagen und mit 5,12 Prozent für Altanlagen fest.[194] Die Monopolkommission sprach sich in der Vergangenheit für die Gewährung einer kapitalmarktorientierten Eigenkapi-

---

[189] Gemäß Art 87e Abs. 4, GG obliegt dem Bund grundgesetzlich die Allgemeinwohlverpflichtung hinsichtlich des Ausbaus und Erhalts der Schienenwege und gemäß Art 87e Abs. 3, GG besteht faktisch ein Privatisierungsverbot für bundeseigene Eisenbahninfrastrukturunternehmen.

[190] BNetzA, Beschluss vom 28. Juni 2017, BK 10-17-0001_E, S. 68.

[191] Monopolkommission, Fünftes Sektorgutachten Bahn 2015 (SG 69), a. a. O., Tz. 76.

[192] Vgl. hierzu auch Balks, M./ Böttger, C., Gutachten zu dem Ansatz der Kapitalkosten durch die DB Netz AG im Entgeltgenehmigungsverfahren BK10-17-001_E, Berlin, April 2017 und Schütz, R./ Mevißen, M. Regulierung von Bahntrassenentgelten – Erfolg oder vertane Chance? Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 38. Jahrgang, 4/2019.

[193] Vgl. hierzu Heinrici, T., DB-Trassenpreise steigen auch 2019 weiter, Deutsche Verkehrs Zeitung, 08. Januar 2018. So läge die kalkulatorische Kapitalrendite weit über dem Niveau, das aktuell verdient wird.

[194] BNetzA, Bundesnetzagentur legt Eigenkapitalrenditen für Strom- und Gasnetze fest, Pressemitteilung vom 12. Oktober 2016. Allerdings hob das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 22. März 2018 die von der Bundesnetzagentur festgelegten Eigenkapitalzinssätze für Strom- und Gasnetze aufgrund einer abweichenden Bewertung hinsichtlich der Marktrisikoprämie auf. Die Bundesnetzagentur strengte daraufhin eine Überprüfung durch den Bundesgerichtshof an.

talrendite nach dem CAPM aus, da hierdurch eine vergleichsweise transparente und belastbare Schätzung der Kapitalkosten ermöglicht würde.[195] Allerdings sollte hierbei eine Adjustierung der Eigenkapitalverzinsung an das tatsächliche Risiko hypothetischer Eigenkapitalgeber der DB Netz AG stattfinden.[196] Auch wenn der volatile Güterverkehr unbestritten mit hohen Geschäftsrisiken verbunden ist, kann dennoch argumentiert werden, dass die Kapitalkosten für die DB Netz AG aufgrund ihrer Sonderstellung als bundeseigenes Unternehmen niedriger sein sollten als die anderer börsennotierter Unternehmen. Damit ist zu befürchten, dass die gewährte Eigenkapitalverzinsung nicht auf das tatsächliche Risiko hypothetischer Investitionen in die DB Netz AG abstellt und die Kapitalkosten damit dauerhaft zu hoch angesetzt wurden.

136. Zudem kann davon ausgegangen werden, dass eine im Vergleich zur Fremdkapitalverzinsung relativ hoch angesetzte Eigenkapitalverzinsung Anreize induziert, die Eigenkapitalbasis in ineffizienter Weise auszuweiten. Im Gegensatz dazu wäre es wünschenswert, dass der Betreiber der Schienenwege Anreize erhält, die gesamten Kapitalkosten, die bei der Bereitstellung des Mindestzugangspakets Berücksichtigung finden, durch die Wahl einer effizienten Kapitalstruktur zu verringern. Der Gesetzgeber hat in der Formulierung des ERegG auf eine gesonderte Regelung zur Behebung dieses Fehlanreizes verzichtet. Gemäß Anlage 4 (zu den §§ 25-27) Nr. 5.2 ERegG, sind die Zinssätze für die Betreiber der Schienenwege auf Basis der tatsächlichen Kapitalstruktur festzulegen. Ein Umstand, der bei hinreichenden Unterschieden zwischen der Eigen- und Fremdkapitalverzinsung Anreize generiert, die Eigenkapitalbasis aufzublähen, um so die Kapitalkosten und damit die durch die Regulierung gewährten Einnahmen aus den Trassenentgelten zu erhöhen. Tatsächlich stieg noch vor Inkrafttreten der Anreizregulierung die Eigenkapitalquote der DB Netz AG aufgrund einer Eigenkapitalerhöhung in Höhe von über EUR 1 Mrd. durch die DB AG von 35,8 Prozent im Jahr 2016 auf 41,1 Prozent im Jahr 2017.[197] Dies ist insbesondere auch vor dem Hintergrund relevant, dass die Eigenkapitalquote von Unternehmen in Wettbewerbsmärkten in der Regel weit unterhalb eines solchen Wertes liegt.[198] Diesem Umstand wurde vom Gesetzgeber im Energiesektor Rechnung getragen. Gemäß der Netzentgeltverordnungen Strom/Gas wird für Bestandsanlagen der ermittelte Eigenkapitalzinssatz auf maximal 40 Prozent des kalkulatorisch bestimmten betriebsnotwendigen Vermögens gewährt. Für darüber hinausgehendes Eigenkapital ist ein Zinssatz anzuwenden, der sich am risikolosen Zinssatz orientiert.[199] Der Deckelung des Eigenkapitals liegt zugrunde, dass ein hoher Eigenkapitalanteil als Indiz für unzureichenden Wettbewerb gilt und damit nach der Vorstellung des Gesetz- und Verordnungsgebers nur bedingt schützenswert ist.[200] Demnach erscheint es nach allgemeinen betriebswirtschaftlichen Grundsätzen nicht sinnvoll, langfristig eine höhere Eigenkapitalquote als 40 Prozent aufzuweisen. Damit ist davon auszugehen, dass sich Eigenkapitalquoten von über 40 Prozent sektorunabhängig unter Wettbewerbsbedingungen nicht einstellen würden. Es ist auch kein Grund ersichtlich, weshalb der Eisenbahnsektor hierbei eine Ausnahme darstellen sollte.

137. Im Hinblick auf die regulierungsrechtlichen Vorgaben zur Bestimmung der Kapitalkosten existiert demgemäß ein genereller Widerspruch. So wird bei der Bemessung des Eigenkapitalzinssatzes nicht auf die tatsächlichen Verhältnisse des Betreibers der Schienenwege, sondern auf eine kapitalmarktübliche Verzinsung abgestellt. Demgegenüber wird jedoch in Bezug auf die Kapitalstruktur des Betreibers der Schienenwege von der Vorgabe einer wettbewerbsadäquaten Maßgabe abgesehen, obwohl der Gesetzgeber in anderen Netzsektoren eine Eigenkapitalquote von maximal 40 Prozent

---

[195] Vgl. letztmalig Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 50 ff.

[196] Eine Möglichkeit hierzu bestünde beispielsweise darin, eine Abschätzung des Beta-Faktors durch Fachexperten durchzuführen. Dies erfolgt anhand der Ausprägung definierter Risikotreiber, denen einzelne Gewichte zugeordnet würden und sich so zu einem Gesamtfaktor verdichten ließen; Heinze, W. /Radinger, G., Der Beta-Faktor in der Unternehmensbewertung, Controller Magazin, 2011, Jg. 36, H. 6, S. 48 - 52.

[197] DB Netz AG, Geschäftsbericht 2017, Berlin, 2017, S. 15. Zuvor setzte der Bund im August 2017 eine Kapitalerhöhung der DB AG um die gleiche Summe zur Stärkung der Kapitalbasis um. Vgl. Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2017, Berlin, 2017, S. 43.

[198] Deutsche Bundesbank, Monatsbericht Dezember 2018, Ertragslage und Finanzierungsverhältnisse deutscher Unternehmen im Jahr 2017, S.34.

[199] § 7 Abs. 1 (7) Strom/Gas NEV.

[200] Vgl. BGH, Beschluss vom 14. August 2008, KVR 35/07, Rz. 65.

als wettbewerbsadäquat erachtet.[201] Wäre demnach die tatsächliche Eigenkapitalquote nicht wettbewerbsadäquat, würden auch die Kapitalkosten über einem wettbewerbsadäquaten Niveau liegen. Die Monopolkommission sieht hierbei, insbesondere im Hinblick auf die zweite Regulierungsperiode, im ERegG Nachbesserungsbedarf. So könnte eine Vereinheitlichung der rechtlichen Standards mit den Netzentgeltverordnungen für den Energiesektor angestrebt werden, gemäß derer auch für Eisenbahninfrastrukturunternehmen der risikolose Zins für Eigenkapital anzuwenden ist, das eine als wettbewerbsadäquat eingeschätzte Eigenkapitalquote übersteigt.

3.1.3.2 Unvereinbarkeit der LuFV mit Anreizsetzung zur Kostensenkung in der Entgeltregulierung

138. Das ERegG schreibt in § 29 Abs. 5 ERegG den Ausnahmetatbestand der qualifizierten Regulierungsvereinbarung fest. Demnach sollen Mittel, die Gegenstand einer qualifizierten Regulierungsvereinbarung sind, nicht der Anreizsetzung zur Kostensenkung unterliegen. Auf Basis von § 30 ERegG hat die Bundesnetzagentur im Jahr 2018 auf Antrag der DB Netz AG die LuFV II als qualifizierte Regulierungsmaßnahme anerkannt.[202] Damit ist insbesondere auf den in der LuFV II verpflichtend festgeschriebenen Mindestinstandhaltungsbeitrag der DB Netz AG kein Inflationsausgleich und Produktivitätsfortschritt in Anrechnung zu bringen.[203] Im Ausgangsniveau der Gesamtkosten sind insgesamt EUR 1.322 Mio. durch Mittel gedeckt, die Gegenstand der LuFV II sind.[204] Dies entspricht in etwa einem Viertel des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten.

139. Aus der Nichtanwendung der Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung auf diesen Betrag ergab sich nach der Anerkennung der LuFV II als qualifizierte Regulierungsvereinbarung eine Erhöhung gegenüber der initial berechneten Obergrenze der Gesamtkosten von EUR 22 Mio. für das Netzfahrplanjahr 2020.[205] Dieser direkte Effekt auf die Obergrenze der Gesamtkosten ergibt sich daraus, dass in 2020 der Produktivitätsfaktor den Inflationsfaktor überkompensieren wird.[206] Deswegen hatte sich vor Anerkennung der LuFV II als qualifizierte Regulierungsvereinbarung eine niedrigere Obergrenze der Gesamtkosten ergeben, da der Inflationsausgleich und der Produktivitätsfortschritt dort auch auf die der LuFV zurechenbaren Kostenpositionen angewendet wurden.

140. Darüber hinaus kann die LuFV einen weiteren direkten Effekt auf die Obergrenze der Gesamtkosten und damit auf das Niveau der Entgelte während der Regulierungsperiode haben. So ist gemäß § 25 Abs. 3 ERegG die Obergrenze der Gesamtkosten anzupassen, wenn sich ein gegenüber dem Ausgangsniveau der Gesamtkosten mehr als geringfügig veränderter Aufwand für Instandhaltungs- oder Ersatzinvestitionen, die einer qualifizierten Regulierungsvereinbarung unterliegen, für ein Jahr innerhalb der Regulierungsperiode ergibt. Diese Regelung fand in der Festlegung der Obergrenze der Gesamtkosten für das Netzfahrplanjahr 2020 keine Anwendung. Allerdings geschah dies lediglich aufgrund der Tatsache, dass eine Anpassung der Obergrenze der Gesamtkosten für das Jahr 2020 auf Grundlage der noch laufenden-

---

[201] Es sei angemerkt, dass der Kalkulation des Eigenkapitalzinssatzes der Durchschnittswert der Kapitalstruktur des Basisjahrs (Jahre 2014 bis 2016) zugrunde lag. Demnach wurde eine Kapitalstruktur herangezogen, bei der die Eigenkapitalquote 36 Prozent betrug; Vgl. BNetzA, Beschluss vom 4. April und 24. April 2017, BK10-17-0001_E, S. 66.

[202] BNetzA, Beschluss vom 6. August 2018, BK10-18-0060_E.

[203] Vgl. §§ 4, 7 LuFV II. Zu den Mitteln, die Gegenstand der LuFV II sind, zählen nebst den Instandhaltungsbeiträgen auch Kapitalkosten und Abschreibungen; Vgl. BNetzA, Beschluss vom 23. August 2018, BK10-18-0004_E, S. 20 ff.

[204] Davon entfällt ein Betrag in Höhe von EUR 1302 Mio. auf Instandhaltungsmittel. Gemäß § 29 Abs. 5 ERegG ist dabei auf die in der LuFV II vertraglich festgehaltenen Mindestbeiträge für die Eisenbahninfrastrukturunternehmen des Bundes abzustellen. Zur Bestimmung des jährlichen Mindestbeitrages für Instandhaltungsaufwendungen zog die Bundesnetzagentur den Quotienten aus der vereinbarten Summe von EUR 8 Mrd. über die gesamte Laufzeit und der Laufzeit von fünf Jahren (Gleichverteilung des gesamten Mindestinstandhaltungsbeitrages) hinzu. Maßgeblich ist hier allerdings nicht der so festgesetzte jährliche Mindestinstandhaltungsbeitrag in Höhe von EUR 1,6 Mrd., sondern lediglich die dem Mindestzugangspaket zuordenbaren Kosten. Dementsprechend wurde durch die Bundesnetzagentur eine Schlüsselung des Mindestinstandhaltungsbeitrages auf das Mindestzugangspaket mit einem Faktor von 0,8135 vorgenommen. Vgl. BNetzA, Beschluss vom 23. August 2018, BK10-18-0004_E, S. 28 ff. Weiterhin fanden EUR 6,6 Mio. Abschreibungen und Kapitalkosten von EUR 13,4 Mio. Berücksichtigung.

[205] Vgl. BNetzA, Beschluss vom 13. August 2018, BK 10-18-0004_E, S. 20.

[206] Ebenda, S. 9, f.

den LuFV II nicht einschlägig sein konnte.[207] Ein Fortbestand der Problematik ist aber gerade im Hinblick auf die Verhandlungen zur Nachfolgevereinbarung der LuFV II zu erwarten. Würde diese einen höheren Mindestinstandhaltungsbetrag für den Betreiber der Schienenwege vorsehen, würde die Obergrenze der Gesamtkosten ihren über die Regulierungsperiode fortzuschreibenden Pfad verlassen und sich im Vergleich zum Ausgangsniveau der Gesamtkosten diskontinuierlich erhöhen. Tatsächlich kann davon ausgegangen werden, dass es im Interesse des Betreibers der Schienenwege liegt, in den Verhandlungen zur Nachfolgevereinbarung der LuFV II einen höheren Mindestinstandhaltungsbeitrag einzufordern, da dieser so seinen Kostensenkungsspielraum ausbauen und die Summe seiner zulässigen Entgelte erhöhen würde. Für die Eisenbahnverkehrsunternehmen wird es damit schwieriger, die Entwicklung der Trassenentgelte innerhalb einer Regulierungsperiode vorherzusehen. Dieser Problematik könnte vorgebeugt werden, indem die Vertragslaufzeit der LuFV mit der Regulierungsperiode synchronisiert würde. Eine zeitliche Synchronisierung der LuFV mit der Anreizregulierung würde die Vorhersehbarkeit der Trassenentgeltentwicklung für die Eisenbahnverkehrsunternehmen verbessern, da so innerhalb einer festen Periode ausgeschlossen werden könnte, dass von einem der beiden Regulierungsregime eine größere Veränderung des Niveaus der Zugangsentgelte ausgeht.

141. Neben dem direkten Effekt auf die Obergrenze der Gesamtkosten, ergibt sich aus der Anerkennung der LuFV II als qualifizierte Regulierungsvereinbarung (§ 29 Abs. 5 ERegG) die tiefergehende Problematik, dass dadurch alle der LuFV zurechenbaren Kostenpositionen im Ausgangsniveau der Gesamtkosten ohne die Anwendung einer Anreizsetzung zur Kostensenkung in die Entgeltbemessung für die gesamte Regulierungsperiode eingehen. Dieser Problematik liegt zugrunde, dass die Gesamtkosten des Betreibers der Schienenwege mit der LuFV und der Anreizsetzung zur Kostensenkung zwei getrennten Regulierungsregimen unterliegen, wodurch Effizienzanreize nicht für das gesamte Ausgangsniveau der Gesamtkosten gesetzt werden. Die LuFV stellt eine Regulierungsvereinbarung dar, in der der Bund eine von ihm gewünschte Infrastrukturqualität sowie die dafür von ihm und dem Betreiber der Schienenwege aufzuwendenden Mindestbeiträge vertraglich festlegt.[208] Die vom Betreiber der Schienenwege zu tragenden Kostenpositionen finden aber, geschlüsselt auf das Mindestzugangspaket, Berücksichtigung im Ausgangsniveau der Gesamtkosten, auf dessen Grundlage die Zugangsentgelte gebildet werden. Damit bestimmen LuFV-Kostenpositionen wesentlich die Höhe der über die Regulierungsperiode fortzuschreibenden Obergrenze der Gesamtkosten und damit die Höhe der Entgelte, ohne jedoch einem Effizienzanreiz zu unterliegen.

142. Jedoch könnte nun argumentiert werden, dass zwar die LuFV-Kostenpositionen dem Fortschreibungspfad entnommen sind, jedoch die Anreizwirkung der Obergrenzenregulierung dennoch auch für die LuFV-Kostenpositionen intakt bliebe. Schließlich würde durch die Festsetzung der Beträge für diese Kostenpositionen eine im Vergleich zum Ausgangsniveau der Gesamtkosten absolut unveränderte Obergrenze über die Regulierungsperiode fiktiv fortgeschrieben.[209] Dem widerspricht jedoch, dass die Festsetzung von Mindestbeiträgen durch die LuFV Kostensenkungsanreize explizit verhindert, da diese vertraglich festgesetzten Mindestbeiträge de facto einer Kostenuntergrenze entsprechen. Wäre es beispielsweise dem Betreiber der Schienenwege möglich, wie von einer Obergrenzenregulierung beabsichtigt, die LuFV-Kostenpositionen aus dem Ausgangsniveau der Gesamtkosten über den Verlauf der Regulierungsperiode in einem Maß zu senken, so dass der in der LuFV festgesetzte Mindestinstandhaltungsbeitrag unterschritten würde, so würde eine solche Effizienzsteigerung sogar einen Vertragsbruch im Sinne der LuFV darstellen.

3.1.3.3 LuFV-Kostenpositionen sollten sich an Kosten der effizienten Leistungsbereitstellung (KeL) ausrichten

143. Im Hinblick auf das Entgeltniveau bleibt damit festzustellen, dass es die LuFV II dem Betreiber der Schienenwege erlaubt, einen nicht unerheblichen Teil der Gesamtkosten über die Entgelte auf die Eisenbahnverkehrsunternehmen umzulegen, die weder einer Anreizsetzung zur Kostensenkung unterliegen noch eine Anwendung von Effizienzmaßstäben erfahren. Dies widerspricht dem Ziel der Regulierung, wettbewerbsadäquate Zugangsentgelte herbeizuführen.

---

[207] Ebenda, S. 31.

[208] Zur vertraglichen Ausgestaltung der LuFV II, vgl. Tz. 45, f.

[209] Es könnte sogar argumentiert werden, dass sich für diese Kostenpositionen Effizienzanreize schon zwingend daraus ergäben, dass man es aufgrund der Inflation real mit einer sinkenden Obergrenze zu tun hätte.

144. Abhilfe könnte dadurch geschaffen werden, dass, ähnlich den anderen Netzsektoren, Kosten die Grundlage der Entgeltbestimmung bilden müssen, die ausnahmslos entweder der Anreizsetzung unterliegen oder sich an einem Effizienzmaßstab orientieren. So erfolgt beispielsweise im Telekommunikationssektor die Genehmigung von Zugangsentgelten auf Grundlage von Kosten, die sich an einer effizienten Leistungsbereitstellung (KeL-Maßstab) ausrichten oder einer Anreizregulierung im Sinne einer Preisobergrenzenregulierung unterliegen.[210] Vorgaben zur Anwendung von Effizienzmaßstäben existieren ebenso für den Post- und Energiesektor.[211] Um zu vermeiden, dass im Schienenverkehrssektor ineffiziente Kosten Grundlage der Entgeltbildung werden, könnte eine Regelung angestrebt werden, bei der sich alle Kosten, die der Obergrenzenregulierung entnommen werden, an einer effizienten Leistungserbringung (KeL-Maßstab) zu orientieren haben.[212] Nach Ansicht der Monopolkommission sollte eine entsprechende Regelung im ERegG verankert werden. So sollte § 25 Abs. 5 S. 4 ERegG wie folgt neu gefasst werden:

> *„Jedoch hat sich der nach Satz 1 festgestellte Betrag an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung zu orientieren."*

Dadurch würde eine Harmonisierung der gegenwärtigen Ausgestaltung der LuFV, die auf einer Formulierung von Mindestbeiträgen basiert, mit der Anreizsetzung zur Kostensenkung erreicht. Zudem würde sichergestellt, dass das Ziel der Entgeltregulierung, nämlich das Erreichen von wettbewerbsadäquaten Zugangspreisen, nicht dadurch konterkariert würde, dass der Betreiber der Schienenwege ineffiziente Kosten in den Bereich der LuFV verschieben könnte. Auch ist nicht davon auszugehen, dass die Anwendung eines KeL-Maßstabs Auswirkungen auf die in der LuFV festgesetzten Qualitätsziele hat. Eine Einhaltung der qualitativen Zielvereinbarungen dürfte dem Betreiber der Schienenwege auch unter der Maßgabe von Effizienzkriterien möglich sein.

3.1.3.4 Anreizpfad zur Kostensenkung sollte sektorspezifischen Besonderheiten Rechnung tragen

145. Das Ziel einer Preisobergrenzenregulierung ist es, Anreize für Produktivitätssteigerungen zu setzen, um diese in Form niedrigerer Preise an die Konsumenten weiterzureichen. Hierzu wird eine Preisobergrenze bestimmt, die über die Regulierungsperiode fortzuschreiben ist. Dabei ist es einem regulierten Unternehmen erlaubt, seine Preise entsprechend der gesamtwirtschaftlichen Inflationsrate anzupassen. Allerdings erfordert das Setzen der angemessenen Anreize zur Produktivitätssteigerung eine Berücksichtigung sektorspezifischer Besonderheiten. Demnach muss die Fortschreibung der Preisobergrenze der sektoralen Faktorpreisentwicklung und dem sektoralen Produktivitätsfortschritts Rechnung tragen. Entsprechende Korrekturen werden durch den sogenannten X-Faktor abgebildet. Damit ergibt sich die zulässige Preisobergrenze eines regulierten Unternehmens aus der Inflationsrate abzüglich des X-Faktors.[213] Setzte man nun in der Regulierung den X-Faktor gleich Null, so würde dies folglich bedeuten, dass der regulierte Sektor exakt die gleiche Produktivitätsentwicklung sowie Faktorpreisentwicklung wie die übrigen wettbewerblichen Sektoren der Gesamtwirtschaft erreichen könnte. Genau diese Annahme traf der Gesetzgeber für den deutschen Betreiber der Schienenwege in § 28 Abs. 2 ERegG. Demnach hat sich der X-Faktor des Fortschreibungspfades für die Obergrenze der Gesamtkosten nach den Werten für die Veränderung der gesamtwirtschaftlichen Produktivität zu bestimmen, welche durch den Sachverständigenrat zur Bestimmung der Volkswirtschaftlichen Gesamtrechnung im Rahmen seines Jahres-

---

[210] Vgl. § 31 Abs 1 iVm §§ 32, 33 TKG.

[211] Vgl. Für den Postsektor § 20 Abs. 1 PostG. Für den Energiesektor §§ 21 Abs. 2, 21 a Abs. 1 sowie § 4 Abs. 1 Strom- und GasNEV.

[212] Für den Schienenverkehrssektor eignet sich dabei die Anwendung des KeL-Maßstabs. Ein Vergleichs-Maßstab, wie er beispielsweise in der Regulierung der Energienetze angewendet wird, wäre für den Schienenverkehrssektor aufgrund eines Mangels an Netzbetreibern, die zum Vergleich herangezogen werden könnten, nicht zielführend.

[213] Die Inflationsrate bezieht sich allgemein auf die Preisentwicklung auf den Konsumgütermärkten. Der X-Faktor errechnet sich aus der Differenz zwischen sektorspezifischem und gesamtwirtschaftlichem Produktivitätsfortschritt zuzüglich der Differenz zwischen gesamtwirtschaftlicher und sektorspezifischer Faktorpreisentwicklung. Ein positiver X-Faktor bedeutet daher, dass der regulierte Sektor seine Produktivität schneller steigern kann als andere Sektoren der Wirtschaft oder bzw. und, dass die Faktorpreise im regulierten Sektor weniger schnell wachsen als in den übrigen Sektoren der Wirtschaft. Vgl. Bernstein, J., Price Cap Regulation and Productivity Growth, International Productivity Monitor, Vol. 1, 2000, S. 23 - 28.

gutachtens ermittelt werden. Eine den ökonomisch korrekten Vorgaben folgende Erfassung sektoraler Besonderheiten bei der Fortschreibung der Obergrenze der Gesamtkosten sieht das ERegG damit nicht vor.

146. Die Monopolkommission hat diesen Umstand wiederholt kritisiert.[214] Üblicherweise weicht die Entwicklung der Faktorproduktivität sowie der Faktorpreise in einem betrachteten Sektor von der sich in der Gesamtwirtschaft abzeichnenden Entwicklung ab. Daher kann die optimale Wirkung einer Preisobergrenzenregulierung verfehlt werden, wenn der Fortschreibungspfad der Obergrenze der Gesamtkosten lediglich auf die gesamtwirtschaftliche Entwicklung abstellt. Zum Beispiel würden bei zu schwachen Produktivitätsvorgaben tatsächlich realisierbare Produktivitätssteigerungen nicht an die Endkonsumenten weitergegeben. Dies wäre dann der Fall, wenn der Betreiber der Schienenwege seine Produktivität schneller steigern könnte, als es in den übrigen Sektoren der wettbewerblichen Gesamtwirtschaft möglich wäre. Hingegen können zu starke Produktivitätsvorgaben zu betriebswirtschaftlichen Verlusten für den Betreiber der Schienenwege führen. Die Monopolkommission bekräftigt daher ihre Empfehlung nach einer Abänderung des § 28 Abs. 2 ERegG. Dieser sollte der korrekten ökonomischen Vorgehensweise einer Preisobergrenzenregulierung folgen und auf die Produktivitätsentwicklung des Eisenbahnsektors abstellen.[215] Demnach sollte § 28 Abs. 2 ERegG dahingehend geändert werden, dass sich der Produktivitätsfaktor aus der Differenz zwischen unternehmensspezifischem und gesamtwirtschaftlichem Produktivitätsfortschritt zu bilden hat.[216] Andernfalls ist zu befürchten, dass die Regulierung das Produktivitätspotenzial des Betreibers der Schienenwege nicht korrekt abbildet und die darauf abgestimmten Anreize zur effizienten Kostensenkung falsch setzt.

3.1.3.5 Konzeptionelle Unvereinbarkeit des SPNV mit einer effizienten Preissetzung nach Ramsey-Boiteux

147. Die Sonderregelung für den SPNV gemäß § 37 Abs. 2 ERegG ist mit einer Gesamtsystematik der Kostenzuordnung anhand von Preiselastizitäten der Nachfrage nicht vereinbar. Es ist zu befürchten, dass der fingierte Fortschreibungspfad für die Entgelte im SPNV das durch die Ramsey-Boiteux-Methodik intendierte allokative Optimum im SPFV und im SGV maßgeblich verhindert. Es besteht hierbei auch laut Bundesnetzagentur „die Möglichkeit, dass das Segment SPNV einen höheren oder niedrigeren Beitrag zur Kostentragung leistet, als es in einem wohlfahrtsoptimierenden Ansatz nach Preisreagibilitäten der Fall wäre."[217] Dies entspräche einem Wohlfahrtsverlust. Dennoch erachtet die Bundesnetzagentur diese Bedenken als nicht stichhaltig und geht davon aus, dass „der Gesetzgeber unterstellt hat, dass die von ihm geregelte Sonderpreisbildung für den SPNV in der kurzen Frist im Großen und Ganzen dem entspricht, was auch bei einer Preisbildung nach § 36 Abs. 2 ERegG herausgekommen wäre."[218]

148. Die Monopolkommission teilt diese Ansicht des Gesetzgebers nicht. Eine Koppelung der Entgelte im SPNV an die Regionalisierungsmittel konterkariert die beabsichtigte wohlfahrtsoptimierende Vollkostenanlastung mittels einer Ramsey-Boiteux-Preisbildung. Dies lässt sich insbesondere anhand stärkerer Schwankungen der Obergrenze der Gesamtkosten festmachen. Stiege die Obergrenze der Gesamtkosten innerhalb der Regulierungsperiode im Übergang zweier Netzfahrplanjahre beispielsweise an, so sollte dieser Anstieg gemäß der auf den Preiselastizitäten basierenden Tragfähigkeiten den einzelnen Verkehrssegmenten zugeordnet werden. Da jedoch die Steigerung zuordenbarer Kosten im SPNV mit 1,8 Prozent fiktiv fortgeschrieben wird, könnte es zu überproportionalen Belastungen der Verkehrsdienste des Schienengüterverkehrs und des Schienenpersonenfernverkehrs kommen.[219] Die Monopolkommission sprach sich daher be-

---

[214] Vgl. letztmalig Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 34 ff.

[215] Für die Abbildung der Faktorpreisentwicklung der Eisenbahninfrastruktur ließe sich beispielsweise der Inputpreisindex für den deutschen Eisenbahninfrastrukturmarkt des Wissenschaftlichen Instituts für Infrastruktur- und Kommunikationsdienste (wik) heranziehen; Müller, G., Ableitung eines Inputpreisindex für den deutschen Eisenbahninfrastruktursektor, wik Diskussionsbeitrag Nr. 327, November 2009.

[216] Für die Betreiber von Energieversorgungsnetzen ist die Ermittlung eines generellen sektoralen Produktivitätsfaktors gesetzlich vorgeschrieben (§ 9, Anreizregulierungsverordnung (ARegV)).

[217] Ebenda, S. 61.

[218] Ebenda.

[219] Eine solche Steigerung der Obergrenze der Gesamtkosten stellte sich beispielsweise nach Anerkennung der LuFV II als qualifizierte Regulierungsvereinbarung ein. Vgl. Tz. 139. Im Hinblick auf die neue Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung ist eine umfang-

reits in ihrem fünften Sektorgutachten Bahn 2015 für eine Flexibilisierung in der Gestaltung der Zugangsentgelte des SPNV aus.[220] Vorstellbar wäre, § 37 Abs. 2 ERegG um einen Passus zu ergänzen, gemäß dem, insbesondere bei starken Änderungen der Obergrenze, die Entgelte des SPNV zumindest eine Koppelung an die Preisreaktionen der übrigen Verkehrssegmente erfahren. So könnte verhindert werden, dass einzelne Marktsegmente in Relation überproportionale Be- oder Entlastungen erfahren. Dies wäre insbesondere im Hinblick auf den eigenwirtschaftlichen SPFV anzuraten, da § 36 Abs. 2 ERegG eine strikte Trennung zwischen den Verkehrsdiensten des Schienenpersonenverkehrs und Schienengüterverkehrs hinsichtlich der zuordenbaren Kosten vorschreibt.

3.2 Vollkostenansatz kritisch evaluieren

149. Die Höhe der Trassenentgelte für die einzelnen Marktsegmente bestimmt sich maßgeblich über die Vollkostensystematik. Demnach hat der Betreiber der Schienenwege gemäß § 36 Abs. 1 ERegG alle zur Erbringung des Mindestzugangspakets erforderlichen Gesamtkosten über Trasseneinnahmen zu decken. Als Folge dessen setzt sich das Trassenentgelt für ein Marktsegment aus den ausgewiesenen Kosten, die unmittelbar aufgrund des Zugbetriebs anfallen (uKZ), zuzüglich des entsprechenden Vollkostenaufschlags zusammen. Die uKZ bilden die Kosten ab, die dem Betreiber der Schienenwege bei Bereitstellung einer zusätzlichen Mengeneinheit, gemessen in Trassenkilometern, entstehen. Damit entsprechen die uKZ den Grenzkosten des Schienennetzbetriebs. Die Vollkosten entsprechen im ökonomischen Sinne den fixen Kosten der Bereitstellung einer betriebsfähigen Schieneninfrastruktur. Über die Anwendung der Tragfähigkeitslogik nach Ramsey-Boiteux kommt es hinsichtlich der Höhe der Vollkostenaufschläge in der aktuellen Trassenentgeltsystematik zu signifikanten Unterschieden zwischen einzelnen Marktsegmenten (vgl. Abb. 3.3).

150. Beispielsweise wird dem SGV eine in Relation zum Personenverkehr niedrige wirtschaftliche Tragfähigkeit unterstellt. So ergaben die von der DB Netz AG in Auftrag gegebenen Gutachten zur Berechnung der Endkundenelastizitäten für den SGV weitaus höhere Werte als für den SPFV.[221] Darüber hinausgehend argumentierte die Bundesnetzagentur, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen im SGV weitaus höhere betriebswirtschaftliche Risiken zu tragen hätten als im SPFV. Als Folge dessen setzte die Bundesnetzagentur in dem Genehmigungsbeschluss für die Trassenentgelte 2018 fest, dass gegenüber dem Antrag der DB Netz AG eine Reallokation von Vollkostenanlastungen vom SGV hin zum SPFV in Höhe von über EUR 23 Mio. p.a. vorzunehmen sei. Als Folge dessen erhöhten sich die Trassenentgelte im Schienenpersonenfernverkehr um durchschnittlich 3 Prozent gegenüber den von der DB Netz AG beantragten Entgelten.[222]

151. Damit trägt der SPFV besonders hohe Vollkostenanlastungen. In den Metro-Segmenten des SPFV, die keiner Beschränkung hinsichtlich der angefahrenen Bahnhöfe, der Bedienzeit und der Geschwindigkeit unterliegen, und in denen der überwiegende Teil des Fernverkehrs der DB-Gruppe verkehrt, besteht der Trassenpreis zu einem Anteil von bis zu über 85 Prozent aus Vollkostenanlastungen [vgl. Abb. 3.3]. Vollkostenaufschläge in dieser Höhe erschweren Markteintritte in die Metro-Segmente des Fernverkehrs durch Neuanbieter in erheblichem Maße. Generell stellen Zugangsentgelte eine nicht unerhebliche Kostenposition für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen dar.[223] Es ist daher weiterhin anzuneh-

---

reiche Ausweitung der vertraglich festgesetzten Mittel zu erwarten. Dies betrifft neben den Bundesmitteln auch den Eigenanteil des Betreibers der Schienenwege. So könnte sich dieser in den Verhandlungen mit dem Bund strategisch verhalten und einen höheren Mindestinstandhaltungsbeitrag anbieten. Dies würde es ihm ermöglichen, nicht nur die Obergrenze insgesamt, und damit die Trassenentgelte zu erhöhen, sondern auch den Teil der Kosten auszuweiten, der im Rahmen der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung als Gegenstand einer qualifizierten Regulierungsvereinbarung nicht der Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung unterliegt. Vgl. Tz. 138, f. Die daraus resultierende Erhöhung der Obergrenze müsste folglich überwiegend von den Marktsegmenten des Schienengüterverkehrs und des Schienenpersonenfernverkehrs getragen werden.

220 Monopolkommission, Fünftes Sektorgutachten Bahn 2015 (SG 69), a. a. O., Tz. 71.

221 DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2018), Anlage 6.1. zu den Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB Netz AG 2018, 10. Dezember 2017, S. 32 ff.

222 BNetzA, Beschluss vom 6. Februar 2017, BK 10-16-0008_E, S. 107 ff.

223 Nach eigenen Angaben lag der Anteil der Trassenkosten an den Gesamtkosten der DB Fernverkehr AG im Jahr 2016 bei 23 Prozent. Weiterhin äußert die DB Fernverkehr AG, sie erwarte, dass unter der seit 2018 gültigen neuen Entgeltsystematik dieser Anteil bis zum Jahr 2030 auf über 30 Prozent steigen wird. Vgl. Deutscher Bundestag, Ausschussdrucksache 18(15)471-C, Stellungnahme der DB Fernverkehr AG anlässlich der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Verkehr und digitale Infrastruktur des Deutschen Bundestages am 15. Februar 2017.

men, dass aufgrund der hohen Trassenkosten Verkehrsangebote im SPFV aus Gründen der Wirtschaftlichkeit nicht erbracht werden können, und das unabhängig davon, ob dies durch DB Fernverkehr AG oder Neuanbieter geschieht.

152. Aktuell bedient die DB Fernverkehr AG nahezu 100 Prozent des Marktes im SPFV. Die Gründe für den ausbleibenden Wettbewerb im eigenwirtschaftlich zu erbringenden SPFV sind, wie in diesem Gutachten erläutert, vielschichtig und nicht ausschließlich auf die Trassenkosten zurückzuführen. Dennoch stellt sich die Frage, ob insbesondere die Trassenkosten der attraktiven Metro-Segmente lediglich von der DB Fernverkehr AG getragen werden können, jedoch nicht von potenziellen Wettbewerbern. Dem zugrunde liegt die Annahme, dass die DB Fernverkehr AG aus ihrer Sonderstellung als etablierter Altbetreiber, der sich zudem in Eigentümerschaft des Bundes befindet, Vorteile gegenüber potenziellen Wettbewerbern generiert. Als Incumbent betreibt die DB Fernverkehr AG derzeit ein umfangreiches Fernverbindungsnetz. Aufgrund der Größe des von ihr bedienten Bestandsnetzes ist anzunehmen, dass die DB Fernverkehr AG von Netzwerk-Skalenvorteilen profitiert. Dies ist einem neuen Marktakteur, der zunächst über ein Angebot einzelner Verbindungen in den Markt einsteigen muss, grundsätzlich nicht möglich. So ist es der DB Fernverkehr AG auch möglich, eine Vertaktung ihrer einzelnen Verbindungen ohne Berücksichtigung potenzieller Wettbewerber zu entwickeln und somit ihre Position im Endkundenmarkt zu festigen.[224] Ebenso können über ein großes Streckenportfolio Verluste aus nachfrageschwachen Verbindungen durch Gewinne aus sogenannten Rosinen-Strecken ausgeglichen werden. Größenvorteile in Bezug auf das bestehende Angebot können auch hinsichtlich möglicher Unsicherheiten bei Trassenbestellvorgängen realisiert werden. Würde beispielsweise eine angemeldete Trasse, die für eine geplante Streckenverbindung nötig wäre, nicht zugewiesen, wäre es unproblematisch, das dafür vorgesehene rollende Material auf andere Strecken umzuleiten.

153. Zudem profitiert die DB Fernverkehr AG von der Sonderrolle als staatseigenes Unternehmen. So können bessere Konditionen bei der Finanzierung und der Beschaffung von Wagenmaterial erzielt werden, als es für Marktneulinge möglich wäre. Eine nicht unerhebliche Problematik entsteht auch durch die vertikal integrierte Konzernstruktur.[225] So ist ein „linke Tasche, rechte Tasche“-Effekt zu befürchten, da hohe Trassenkosten eines vertikal integrierten Eisenbahnverkehrsunternehmens hohe Einnahmen des Betreibers der Schienenwege bedeuten.[226] Dieser Argumentation folgend, wäre eine Überhöhung der Zugangsentgelte in den Metro-Segmenten für die DB Fernverkehr AG nicht nachteilig, sondern im Gegenteil nützlich, da Markteintritte von Neuanbietern präventiv verhindert würden.

154. Zum Abbau der durch Trassenkosten entstehenden Markteintrittsbarrieren, ist der Vollkostenansatz daher kritisch zu hinterfragen. Dieser sollte, unter Abwägung aller Kosten und Nutzen, alternativen Entgeltsystematiken gegenübergestellt werden. Die Gestaltung einer entsprechenden Trassenpreisstruktur, von der wettbewerblichere Impulse erwartet werden können, könnte den Entgeltgrundsätzen des Artikels 31 der Richtlinie 2012/34/EU folgen. Demnach sind die Zugangsentgelte entsprechend der Kosten des unmittelbaren Zugbetriebs (uKZ) zu bilden. Darüber hinaus können Entgeltbestandteile implementiert werden, die einer Internalisierung von Kapazitätsengpässen und Lärmemissionen Rechnung tragen.

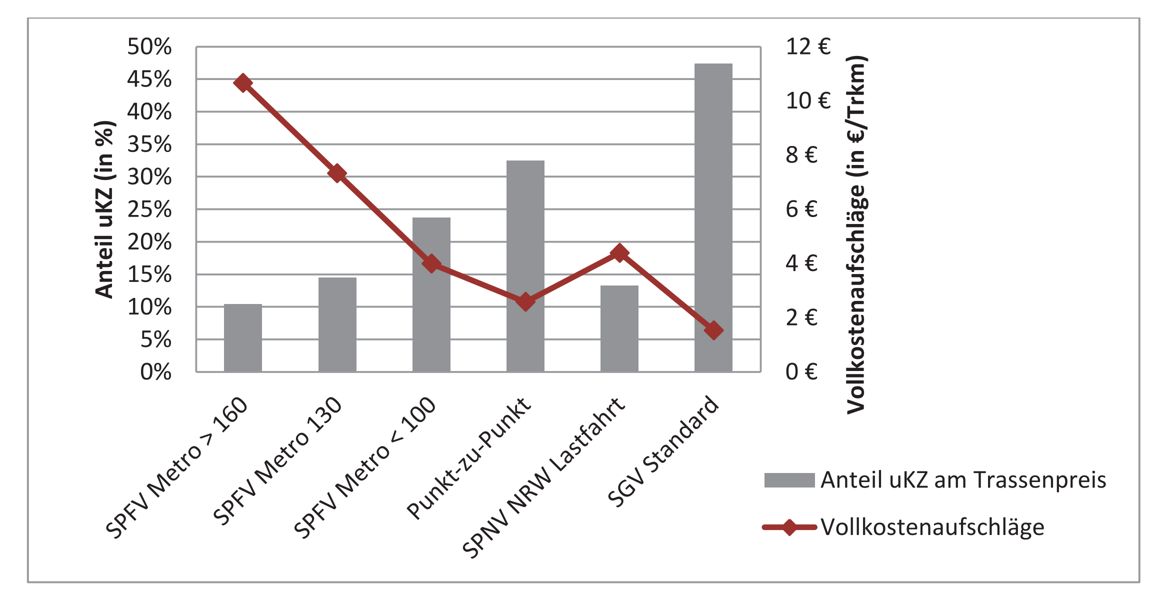
---

[224] Vgl. Tz. 208, ff.

[225] Vgl. hierzu auch Tz. 18.

[226] Betrachtet man die absoluten Werte des EBIT der einzelnen DB-Konzerntöchter, so fällt auf, dass der EBIT der DB Netze Fahrwege mit EUR 687 Mio. und EUR 840 Mio. der mit Abstand höchste innerhalb der DB Konzerns war. Der EBIT des DB-Konzerns (bereinigt) betrug 2017 EUR 2,15 Mrd. und 2018 EUR 2,11 Mrd.; Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2018, Berlin, 2019, S. 186 f.

Abbildung 3.3: Vollkostenaufschläge 2019 in ausgewählten Marktsegmenten



Quelle: Schienennetz-Benutzungsbedingungen der DB-Netz AG 2019 und Bundesnetzagentur, Beschlusskammer 10, BK 10-17-0314_E; eigene Darstellung.

3.2.1 Zugangsentgelte in Höhe der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs können bessere Impulse für Wettbewerb setzen

155. Als Grundsatz für die Entgeltberechnung regelt Artikel 31 Abs. 1 der Richtlinie 2012/34/EU verpflichtend, dass die Entgelte für das Mindestzugangspaket in Höhe der uKZ festzulegen sind. Die Möglichkeit tragfähigkeitsorientierte Vollkostenaufschläge zu erheben wurde hingegen dem Ermessensspielraum der EU-Mitgliedsstaaten überlassen.[227] Der deutsche Gesetzgeber hat in der Formulierung des ERegG den Ansatz einer Vollkostenallokation ausdrücklich gestärkt. So sind gemäß § 34 ERegG als Entgeltgrundsätze zwar auch Trassenpreise in Höhe der Grenzkosten vorgesehen, allerdings gilt dies lediglich unbeschadet des § 36 Abs. 1 ERegG, welcher Entgeltaufschläge zur Deckung der Gesamtkosten nicht als Ausnahmetatbestand vorsieht, sondern diese verpflichtend vorschreibt. Stellt man einen Vergleich der EU-weit verfolgten Ansätze an, zeigt sich, dass sich in den Network Statements von lediglich acht nationalen Infrastrukturbetreibern, aus einer Grundgesamtheit von 28 untersuchten Ländern, Hinweise auf Vollkostenaufschläge finden.[228]

156. Zugangsentgelte in Höhe der Grenzkosten (uKZ) führen zu einer effizienten Trassennutzung, sofern die Schienennetznutzung nicht mit externen Kosten einhergeht. Im Fall der Schienennetznutzung entstehen soziale Kosten im Besonderen durch Kapazitätsengpässe auf dem Schienennetz und Umwelteffekte, wie die Auswirkungen lärmintensiver Schienenverkehre auf die Anrainer der Schienenwege. Zur optimalen Berücksichtigung externer Kosten sollten diese möglichst ihren Verursachern angelastet werden.[229] Im Fall des Schienenverkehrsmarktes kann dies über Entgeltkomponenten für überlastete Streckenabschnitte und besonders lärmintensive Züge erfolgen. Dadurch würde einer optimalen Berücksichtigung externer Kosten Rechnung getragen, womit die damit einhergehenden Effizienzverluste minimiert würden.

---

[227] Art. 32 Abs. 1 RL 2012/34/EU.

[228] PricewaterhouseCoopers, Studie zur Gestaltung und Entwicklung der Eisenbahninfrastrukturpreise in Europa, a. a. O. Genaue Informationen zu den Zugangsentgeltsystematiken in den übrigen EU-Mitgliedsstaaten liegen der Monopolkommission nicht vor.

[229] Die Idee einer effizienten Internalisierung sozialer Kosten über ihre Bepreisung geht auf Arthur C. Pigou zurück. Demnach sollten die Verursacher externer Effekte zur optimalen Abstimmung privater Anreize auf die soziale Effizienz Preise zahlen, die der Summe aus privaten Grenzkosten und dem Differenzbetrag zwischen privaten und sozialen Grenzkosten entsprechen.

157. Würden Zugangsentgelte gesenkt, ist von einer Zunahme der Schienenverkehrsleistung im Bestandsnetz auszugehen.[230] Damit würden Kapazitätsengpässe deutlicher hervortreten als bisher. Aktuell entstehen Engpässe im Bestandsnetz insbesondere an den Großknoten des Schienennetzes, beispielsweise in Köln, Frankfurt, Hamburg und Hannover, sowie auf stark frequentierten Strecken zwischen den Metropolregionen.[231] So findet im deutschen Schienennetz etwa 85 Prozent des Verkehrs auf ca. 60 Prozent des Netzes statt.[232] Im Hinblick auf eine Bepreisung externer Kosten, die aus Kapazitätsengpässen resultieren, sieht § 35 Abs. 1 ERegG Entgeltbestandteile vor, welche die Knappheit der Schienenwegkapazität auf dem bestimmbaren Schienenwegabschnitt in Zeiten der Überlastung widerspiegeln. Zwar setzt die Erhebung von Knappheitsaufschlägen voraus, dass der Betreiber der Schienenwege einen Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität vorzulegen hat (§ 59 Abs 1 ERegG).[233] Allerdings darf der Betreiber der Schienenwege vorbehaltlich der Zustimmung der Regulierungsbehörde weiterhin die Entgelte erheben, wenn der Plan zur Erhöhung der Schienenwegkapazität aus Gründen, die sich seinem Einfluss entziehen, nicht verwirklicht werden kann oder die verfügbaren Optionen wirtschaftlich oder finanziell nicht tragfähig sind (§ 59 Abs. 5 ERegG). Die Behebung der Engpässe auf einem großen Teil der Strecken und Knoten des Bestandsnetzes kann in kurzer Frist nicht erfolgen. Hierzu laufen aktuell Bedarfsplanmaßnahmen des Bundes, die ihre Wirkung in mittlerer bis langer Frist entfalten sollen.[234] Diese auf dem Bundesverkehrswegeplan aufbauenden Ausbaugesetze für die Bundesschienenwege mit den zugehörigen Bedarfsplänen entziehen sich dem Einfluss des Betreibers der Schienenwege. Daher könnten Knappheitsentgelte auf besagten Strecken und Knoten, vorbehaltlich der Zustimmung der Regulierungsbehörde, auf Grundlage von § 59 Abs. 5 ERegG auch längerfristig erhoben werden.

158. Im Gegensatz zu den zuvor erwähnten hochüberlasteten Strecken und Großknoten sind auf einem Großteil der deutschen Schienenwege Kapazitätsreserven vorhanden. Dies betrifft insbesondere nachgelagerte Strecken des Fernverkehrs, wie die des ehemaligen InterRegio-Netzes.[235] In Folge einer Absenkung der Zugangsentgelte auf uKZ-Niveau, bestünden gerade dort Potenziale zur Generierung von Mehrverkehren. Insbesondere für Neuanbieter könnten dort günstige Konditionen für Markteintritte geschaffen werden. Es ist möglich, dass über eine Absenkung der Trassenentgelte auch einzelne nachgelagerte Fernverkehrsverbindungen, auch ohne das Vorhandensein eines großen Verbindungs-Netzwerks, eigenwirtschaftlich angeboten werden könnten.

159. Gemäß Art. 31 S. 5 der Richtlinie 2012/34/EU sind ebenso Preiselemente erlaubt, welche die umweltbezogenen Kosten aufgrund des Zugbetriebs berücksichtigen. In der Umsetzung in deutsches Recht findet diese Vorgabe ausschließlich Anwendung auf den Schienengüterverkehr.[236] Die aktuelle Trassenentgeltsystematik umfasst bereits Elemente, die Anreize für die Umrüstung auf eine lärmschonende Bremstechnik für Bahnen des Schienengüterverkehrs set-

---

230 Eine Zunahme der Schienenverkehrsleistung entspricht auch dem anvisierten Ziel der Bundesregierung, gemäß dem bis zum Jahr 2030 doppelte so viele Fahrgäste den Schienenpersonenverkehr nutzen sollen und zusätzlich mehr Güterverkehr auf die Schiene gebracht werden soll; CDU/CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land - Koalitionsvertrag vom 12. März 2018, S. 77.

231 Vgl. hierzu beispielsweise Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Bundesverkehrswegeplan 2030, S. 20 sowie Ferlemann, E., Gemeinsam auf dem Weg zum Schienenverkehr der Zukunft – Erste Ergebnisse des Zukunftsbündnis Schiene, Bericht des Vorsitzenden des Lenkungskreises über die Arbeit des Zukunftsbündnis Schiene vom 09. Oktober 2018 bis zum 30. April 2019, S. 5 f. Demnach treten auf den Großknoten Köln, Frankfurt am Main, Hannover oder Hamburg ca. 20 bis 25 Prozent der sogenannten Zugfolgeverspätungen auf, wenn Züge aufgetretene Verspätungen nicht mehr abbauen können und diese in der Folge auf andere Züge übertragen.

232 Ebenda.

233 Darin sind die Gründe für die Überlastung, die zu erwartende künftige Verkehrsentwicklung, den Schienenwegausbau betreffende Beschränkungen und die möglichen Optionen und Kosten für die Erhöhung der Schienenwegkapazität, einschließlich der zu erwartenden Änderungen der Wegeentgelte, darzulegen. Auf Grundlage einer Kosten-Nutzen-Analyse der ermittelten möglichen Maßnahmen ist zu entscheiden, welche Maßnahmen zur Erhöhung der Schienenwegkapazität ergriffen werden; § 59 Abs 1 ERegG.

234 Ferlemann, E.,a.a.O., S. 6.

235 Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Bundesverkehrswegeplan 2030, S. 20.

236 § 35 Abs. 2 ERegG.

zen.[237] Damit werden die Betreiber von Zügen, die noch keine Umrüstung auf eine lärmschonende Technologie erfahren haben, vor die Wahl gestellt, entweder über ein erhöhtes Trassenentgelt für die von ihnen verursachten Lärmkosten aufzukommen oder ihre Züge umzurüsten, um so Lärm zu vermeiden. Somit ist davon auszugehen, dass lärmabhängige Preiskomponenten externe Kosten reduzieren und die daraus resultierenden Effizienzverluste minimieren. Allerdings stellt sich im Hinblick auf die Erhebung entsprechender Entgeltkomponenten eine monetäre Quantifizierung externer Kosten, wie die Lärmauswirkungen des Zugverkehrs, als nicht trivial dar.[238] Ungeachtet dessen erscheint es dennoch erstrebenswert, durch Preiskomponenten für Lärmemissionen, für die Eisenbahnverkehrsunternehmen Anreize zu schaffen, Investitionen in die Nachrüstung alter Züge bzw. in die Anschaffung von neuem lärmschonendem rollendem Material zu tätigen.[239]

3.2.2 Finanzierung von Trassenpreisreduktionen

160. Im Hinblick auf Maßnahmen, die auf eine Reduktion der Trassenentgelte abzielen, stellt sich die Frage nach deren Finanzierung. Die Rechtfertigung der Vollkostenaufschläge besteht darin, dass es dem Betreiber der Schieneninfrastruktur zu ermöglichen ist, die gesamten Kosten der Vorhaltung und des Betriebs der Schienenwege zu decken. Trassenpreissenkungen würden die Erlöse des Betreibers der Schienenwege mindern. Es ständen weniger Mittel für die Bereitstellung der Infrastruktur zur Verfügung. Eine Senkung der Zugangsentgelte auf Höhe der uKZ wäre daher nur unter der Voraussetzung möglich, dass die Gesamtkosten des Betreibers der Schienenwege, sprich alle zur Erbringung des Mindestzugangspakets notwendige Kosten, anderweitig finanziert würden. Im Jahr 2017 belief sich die gesamte Summe der Einnahmen aus Trassenentgelten auf EUR 5,1 Mrd.[240]

161. Es kann davon ausgegangen werden, dass eine Reduktion der Trassenkosten zu Mehrverkehren führt, die zusätzliche Einnahmen ermöglichen. In Verbindung mit selektiven Preiskomponenten für Kapazitätsengpässe und Lärmemissionen, würde es dem Betreiber der Schienenwege dann ermöglicht, fehlende Beträge zur Deckung der Kosten der Vorhaltung und des Betriebs der Schienenwege zu kompensieren.

162. Circa zwei Drittel der Trasseneinahmen der DB Netz AG entstammen dem SPNV.[241] Der Umsatz des SPNV besteht wiederum zu weit über 50 Prozent aus Zuschüssen der Aufgabenträger, die über die Regionalisierungsmittel des Bundes finanziert werden.[242] Somit trägt der Bund durch die Bereitstellung der Regionalisierungsmittel über ein Drittel der gesamten anfallenden Trassenkosten. Demzufolge wäre es möglich, eine Absenkung der Trassenpreise auf uKZ-Niveau für

---

[237] BNetzA, 6. Februar 2017, BK 10-16-0008_E, S. 123 ff. Das lärmabhängige Trassenpreissystem (laTPS) der DB Netz AG basiert auf einer lärmabhängigen Entgeltkomponente (ab dem Netzfahrplanjahr 2020 entspricht diese Maluszahlung 7 Prozent des Trassenpreises) in Kombination mit einem Bonus für umgerüstete Fahrzeuge.

[238] Lediglich für die Schweiz existieren Berechnungen zu den externen Kosten des gesamten Verkehrs, welche auf einer fortlaufend aktualisierten Datengrundlage und Methodik basieren. Darin werden (letztmalig) für das Jahr 2015 die Lärmkosten des Schienenverkehrs mit CHF 399,2 Mio. beziffert; Bundesamt für Raumentwicklung ARE, Externe Effekte des Verkehrs 2015, Schlussbericht 27. Juni 2018, S. 159.

[239] Zur einheitlichen Umsetzung lärmabhängiger Wegeentgelte und zur Schaffung von Rechtssicherheit sind gemäß Satz 5 des Artikel 31 der Richtlinie 2012/34/EU „gestützt auf die Erfahrungen der Infrastrukturbetreiber, der Eisenbahnunternehmen, der Regulierungsstellen und der zuständigen Behörden und in Anerkennung bestehender Regelungen über lärmabhängige Wegeentgelte“ Durchführungsmaßnahmen durch die EU-Kommission zu erlassen, welche Modalitäten für die Anwendung der Anlastung der Kosten von Lärmauswirkungen definieren „einschließlich der Anwendungsdauer und mit Bestimmungen, die es gestatten, dass bei der Differenzierung der Wegeentgelte gegebenenfalls die Schutzwürdigkeit des betreffenden Gebiets berücksichtigt wird, insbesondere hinsichtlich des Umfangs der betroffenen Bevölkerung und der Zugzusammensetzung und ihrer Auswirkung auf die Lärmemissionen.“ Am 13. März 2015 trat die entsprechende Durchführungsverordnung 2015/429 zur Festlegung der Modalitäten für die Anlastung der Kosten von Lärmauswirkungen in Kraft. Die Verordnung bildet den Rechtsrahmen, „auf dessen Grundlage die Infrastrukturbetreiber ein System für lärmabhängige Wegeentgelte einrichten sollten.“

[240] Vgl. BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2018, Bonn, Dezember 2018.

[241] Vgl. Mitusch, K./ Gipp, C., Faktenpapier Straße-Schiene, Vergleich der Infrastrukturnutzungsentgelte und Besteuerungslasten auf Straße und Schiene mit besonderer Berücksichtigung des Fernbusses, IGES Faktenpapier Straße-Schiene Vergleich der Infrastrukturnutzungsentgelte und Besteuerungslasten auf Straße und Schiene mit besonderer Berücksichtigung des Fernbusses, IGES Studienbericht im Auftrag des Bundesverbandes Deutscher Omnibusunternehmer e.V., Berlin 2015, S. 45 ff.

[242] Vgl. BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2018, Bonn, Dezember 2018, S. 40.

die Verkehre des SPNV über eine Kürzung der Regionalisierungsmittel um die entsprechenden Einsparungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen zu finanzieren. Eine Finanzierung über eine äquivalente Absenkung der Regionalisierungsmittel wäre damit für die Länder neutral und der Bundeshaushalt würde entsprechend entlastet.

163. Trassenpreissenkungen können zur Erreichung politischer Ziele, wie beispielsweise die Verlagerung von Verkehren auf die Schiene aus umweltpolitischen Aspekten, initiiert und über staatliche Beihilfen subventioniert werden. Eine solche bundesfinanzierte Subventionierung von Trassenkosten trat im Jahr 2018 mit der Richtlinie zur Förderung des SGV über eine anteilige Finanzierung der genehmigten Trassenentgelte (af-TP) in Kraft.[243] So wurde vom Haushaltsausschuss des Bundestages bereits für das Haushaltsjahr 2018 eine anteilige Förderung der Trassenpreise in Höhe von EUR 175 Mio. bereitgestellt. Für die Folgejahre bis zum Jahr 2022 sind jeweils EUR 350 Mio. jährlich vorgesehen.[244] Dies entspricht für das zweite Halbjahr 2018 einem Fördersatz von ca. 45 Prozent über alle Verkehrssegmente des SGV.[245] Die Entgelte für den SGV weisen im Vergleich mit den anderen Schienenverkehrssegmenten niedrige Vollkostenaufschläge auf. Dementsprechend hoch ist der Anteil der uKZ am Trassenpreis. So liegt der Anteil der uKZ am Trassenpreis für das im Schienengüterverkehr dominante Segment „Standard“ bei 45 Prozent. Damit induziert die af-TP eine Trassenpreissenkung, die von einer Reduktion der Entgelte auf uKZ-Niveau nicht weit entfernt ist.

164. Somit erhält aktuell lediglich der SPFV keine Subventionierung von Zugangsentgelten durch den Bund und ist daher vollständig eigenwirtschaftlich zu erbringen. Im Jahr 2017 entstammte ein Anteil von 18 Prozent der Trassenerlöse der Infrastrukturbetreiber aus den Marktsegmenten des SPFV. Dies entspricht einer Summe von EUR 918 Mio.[246] Wird nun im Hinblick auf eine potenzielle Entgeltreduktion im Schienenpersonenfernverkehr nicht von einer Orientierung an den Grenzkosten, sondern zur Vereinfachung von einer pauschalen Trassenpreishalbierung ausgegangen, würde eine solche Maßnahme zu Mindereinnahmen für den Betreiber der Schienenwege in Höhe von jährlich EUR 459 Mio. führen. Allerdings ist davon auszugehen, dass über Mehrverkehre Teile dieser Kosten gedeckt würden.[247] Stellt man diesen Betrag den Regionalisierungsmitteln und den Baukostenzuschüssen, welche der Bund im Rahmen der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung in die Schieneninfrastruktur leistet, gegenüber, zeigt sich, dass eine Trassenpreishalbierung im SPFV lediglich zu einer Erhöhung der gesamten Bundeszuschüsse in die Eisenbahninfrastruktur im einstelligen Prozentbereich führen würde.

165. Die Monopolkommission ist der Ansicht, dass aus einer auf den intramodalen Wettbewerb ausgerichteten Perspektive Trassenpreissenkungen die richtigen Impulse für mehr Wettbewerb setzen. Im Hinblick auf den SGV bleibt abzuwarten, in welchem Umfang sich die Förderung im Rahmen der af-TP auf den Wettbewerb zwischen den Eisenbahnverkehrsunternehmen innerhalb der Segmente des SGV auswirkt. Eine Evaluierung der af-TP steht für das Jahr 2021 an. Auch für den SPFV kann davon ausgegangen werden, dass über eine Trassenpreisreduktion Markteintrittsbar-

---

[243] Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Bekanntmachung Richtlinie zur Förderung des Schienengüterverkehrs über eine anteilige Finanzierung der genehmigten Trassenentgelte (af-TP), Bundesanzeiger, BAnz AT 12. Dezember 2018 B8. Im Rahmen des sogenannten Masterplan Schienengüterverkehr wurden Trassenpreissenkungen für den Schienengüterverkehr aus Umweltaspekten initiiert; Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Masterplan Schienengüterverkehr, 2018.

[244] Deutscher Bundestag, 19. Wahlperiode, Bericht des Haushaltsausschusses (8. Ausschuss) zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – BT-Drs. 19/1700, 19/1701 – BT-Drs. 19/2426 02.07.2018. Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes über die Feststellung des Bundeshaushaltsplans für das Haushaltsjahr 2018 (Haushaltsgesetz 2018), BT-Drs. 19/1700 vom 4. Mai 2018.

[245] Ortmann, M., Informationsveranstaltung der DB Netz AG zum TraFöG, Frankfurt/Main, 5. September 2018.

[246] Vgl. BNetzA, Marktuntersuchung Eisenbahnen 2018, Bonn, Dezember 2018.

[247] Gegenwärtig gibt es nur wenige Studien, die sich den Verkehrseffekten einer Trassenpreisreduktion widmen. Eine Analyse kommt zu dem Ergebnis, dass bei einer Trassenpreishalbierung im Schienenpersonenfernverkehr von einer Zunahme in gefahrenen Trassenkilometern von ca. 10 Prozent ausgegangen werden kann, woraus Mehrerlöse von in etwa EUR 48 Mio. resultierten; Brenck, A./ Mitusch, K., Halbierung der Trassenpreise: Folgen für die staatliche Finanzierung und die Struktur der Trassenpreise. Konferenzbeitrag – Verkehrsökonomie und –politik. Berlin, 30. Juni 2017. Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangte jüngst auch eine Studie der Autoren Christian Burgdorf und Alexander Eisenkopf. Basierend auf einem Simulationsmodell schätzen diese, dass die Auswirkung einer Trassenpreisreduktion auf Grenzkostenniveau im Jahr 2018 eine absolute Steigerung der Verkehre im Segment Schienenpersonenverkehr um 12,5 Prozent im Jahr 2025 mit sich brächte; Burgdorf, C./ Eisenkopf, A., Effects of the reduction of train path charges on the competition between bus and train – a simulation of transport performance and modal split in the German long-distance passenger transport market. World Conference on Transport Research – WTCR 2019 Mumbai 26-31 May 2019. Transportation Research Procedia. Elsevier, Amsterdam.

rieren abgebaut würden. Ob eine entsprechende Reduktion beispielsweise über eine pauschale Halbierung der Trassenpreise oder über eine Novellierung der Systematik hin zu einer strengeren Ausrichtung an den Grenzkosten erfolgt, sollte einer Abwägung unterliegen, bei welcher entsprechende Nutzengewinne auf den Eisenbahnverkehrsmärkten den Kosten durch die entgangenen Trasseneinnahmen gegenübergestellt werden.[248]

166. Eine Förderung von Trassenentgelten, die explizit auf eine Ausweitung des Verkehrsangebotes abzielt, kann über Neuverkehrsrabatte auch zeitlich begrenzt erfolgen. Markteintritte sind mit erheblichen versunkenen Kosten, wie beispielsweise Investitionen in das rollende Material, verbunden. Eine temporäre Absenkung der Zugangsentgelte könnte dazu beitragen, diese versunkenen Kosten zu kompensieren und somit eine effiziente Trassennutzung herbeizuführen. Aktuell gewährt die DB Netz AG einen Neuverkehrsnachlass in Form eines prozentualen Abschlags auf das reguläre Trassenentgelt. Dieser Abschlag liegt beispielsweise im SPFV aktuell bei 20 Prozent und besitzt 12 Monate ab Betriebsaufnahme Gültigkeit.[249] Allerdings werden so besonders im Hinblick auf Neuanbieter nach Ansicht der Monopolkommission die Risiken eines Markteintritts nicht adäquat abgebildet. Würden Neuverkehrsrabatte entsprechend ausgeweitet, könnte dies signifikant zum Abbau von Markteintrittsbarrieren beitragen. So könnten Rabattsysteme für Neuverkehre dem Beispiel des Luftverkehrsmarktes folgen, wo Flughäfen zeitlich differenzierte und über mehrere Jahre absteigend gestaffelte Abschläge gewähren.[250] Eine Ausweitung von Neuverkehrsrabatten könnte so bereits Effizienzsteigerungen herbeiführen, wobei zu erwarten ist, dass die Kosten wesentlich geringer ausfallen würden als im Fall einer zeitlich unbegrenzten Trassenpreisreduktion.

3.2.3 Subventionierte Trassenpreissenkungen müssen dem Vergleich aller Verkehrsträger Rechnung tragen

167. Während von einer Trassenpreisreduktion positive Effekte auf den intramodalen Wettbewerb und eine entsprechende Ausweitung des Verkehrsangebots auf der Schiene erwartet werden kann, bedarf es hinsichtlich der Effekte auf den intermodalen Wettbewerb einer differenzierten Betrachtungsweise. Ein primäres Ziel der Bahnreform war es, die Position der Schienenverkehre im Modal Split zu stärken. Dieses Ziel wurde trotz absoluter Zugewinne bei der segmentübergreifenden Verkehrsleistung in Trassenkilometern bislang verfehlt.[251] Auch der aktuelle Koalitionsvertrag formuliert—insbesondere aus umweltpolitischen Erwägungen—das Ziel, den Verkehr auf der Schiene bis zum Jahr 2030 zu verdoppeln. So sei zur Kostenentlastung und Erhöhung der Wettbewerbsfähigkeit des Schienenverkehrsmarktes die Senkung der Trassenpreise konsequent weiterzuverfolgen.[252] Dem liegt die Annahme zugrunde, dass Schienenverkehre im intermodalen Wettbewerb besonders durch die Entrichtung von Trassenentgelten Nachteile im Vergleich zum Luft- und Straßenverkehr erfahren.

168. Die Monopolkommission hat in ihrem sechsten Sektorgutachten Bahn 2017 angemahnt, dass verlässliche Daten fehlen, um die Höhe von Trassenpreisreduktionen zur Verbesserung der Position der Schienenverkehre im Modal Split einer wettbewerblichen Abwägung unterziehen zu können.[253] Zur Evaluation der Auswirkungen im Kontext der Gesamtheit der Verkehrsmärkte ist die Erhebung einer volkswirtschaftlichen Gesamtkostenrechnung über alle Verkehrsträger unerlässlich. So würde eine möglichst gleichwertige Ausgestaltung der finanziellen Belastungen der einzelnen Verkehrsträger und der Finanzierungsmaßnahmen des Bundes ermöglicht. Eine solche Erhebung von neutraler Stelle, welche

---

[248] Eine Abschätzung, ob Nutzengewinne die entgangenen Einnahmen des Betreibers der Schienenwege kompensieren können, könnte gegebenenfalls auf Grundlage der von der Bundesnetzagentur im Rahmen ihrer „Marktuntersuchung Eisenbahnen" jährlich erhobenen Marktdatenarten erfolgen.

[249] DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen 2018 (SNB 2018), Version vom 11. Dezember 2017, a. a. O., S. 90.

[250] Als exemplarisch hierfür sei das Neuverkehrsrabattprogramm des der Flughafens Wien genannt. Darin gewährt der Flughafenbetreiber eine Reduktion der Landegebühren im ersten Jahr um 80 Prozent, im zweiten Jahr um 60 Prozent und im dritten Jahr um 40 Prozent für neue Frequenzen, welche von neuen Fluggesellschaften angeboten werden.

[251] Vgl. Tz. 10 ff.

[252] CDU/CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa Eine neue Dynamik für Deutschland Ein neuer Zusammenhalt für unser Land - Koalitionsvertrag vom 12. März 2018, S. 77 ff.

[253] Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a.a.O., Tz. 270, ff.

den gesamtgesellschaftlichen Nutzen den Kosten aller Verkehrsträger gegenüberstellt und auf einer umfassenden Datenbasis basiert, steht weiterhin aus.[254] In Ihrer Stellungnahme zum sechsten Sektorgutachten Bahn 2017 teilt die Bundesregierung diese Ansicht der Monopolkommission. So sei eine Verbesserung der Datengrundlage zu Kosten, Nutzen und Belastungen der einzelnen Verkehrsträger anzustreben.[255] Die Monopolkommission begrüßt die Absichten der Bundesregierung und nimmt diese zum Anlass, ihre Empfehlung einer volkswirtschaftlichen Gesamtkostenrechnung unter Berücksichtigung aller Verkehrsträger zu bekräftigen.

3.3 Überprüfungs- und Sanktionsbefugnisse der Bundesnetzagentur im Bereich der Infrastrukturentgelte sind zu erweitern (sektorspezifische Missbrauchskontrolle)

169. Die Monopolkommission begrüßt es auch weiterhin, dass die Regulierung von Infrastrukturentgelten an den Zielen des Kapitels 3 des ERegG auszurichten ist und Berechtigte bei der Zugangsgewährung zur Eisenbahninfrastruktur gegen Diskriminierung zu schützen sind.[256] Zugleich sieht sie es jedoch als gravierendes Defizit an, dass die Regulierung bisher keine hinreichenden Anreize setzt, um eine missbräuchliche Entgeltfestsetzung der DB-Gruppe als integriertem Unternehmen auszuschließen. In den vorangegangenen Kapiteln hat sie bereits Empfehlungen gemacht, um die Regulierung zukünftig weiterzuentwickeln. Die regulierten Zugangsentgelte für die erste Regulierungsperiode wurden allerdings ursprünglich auf Grundlage des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten gebildet, welches als Durchschnittswert der Ist-Kosten des Bezugszeitraums 2014 bis 2016 ermittelt wurde. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass auch ineffiziente Kosten im Ausgangsniveau Berücksichtigung fanden, wodurch dieses bereits überhöht gewesen wäre. Die Zugangsentgelte des SPFV sind auch weiterhin relativ hoch (Abschn. 3.3.1).[257] Zugleich beschränken die Vorgaben des EU-Rechts in empfindlicher Weise die Möglichkeiten der Zivilgerichte, den betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen bei Infrastrukturentgelten Rechtsschutz außerhalb des Regulierungssystems über eine Billigkeitskontrolle zu gewähren (Abschn. 3.3.2). Deshalb hält die Monopolkommission es für geboten, die Regulierung um eine rückschauende, sektorspezifische Missbrauchsaufsicht der Bundesnetzagentur zu ergänzen. Diese müsste auch wirksame Sanktionsmechanismen umfassen (Abschn. 3.3.3). Sie erinnert daran, dass die effektive Überwachung des diskriminierungsfreien Zugangs zur Eisenbahninfrastruktur zur Schaffung eines einheitlichen europäischen Eisenbahnraums beitragen kann und damit auch im unionsrechtlichen Interesse liegt.[258]

3.3.1 Bestehende Regulierung schließt Wettbewerbsbehinderungen auf Ebene der EVU durch überhöhte Infrastrukturentgelte nicht aus

170. Die Pflicht, Zugang zu Eisenbahnanlagen für Schienenverkehrsdienste zu angemessenen, nichtdiskriminierenden und transparenten Bedingungen zu ermöglichen (§ 10 ERegG), ist vor dem Hintergrund der Vorgaben der Richtlinie 2012/34/EU zu sehen, wonach Eisenbahnverkehrsunternehmen das Recht auf Zugang zur Eisenbahninfrastruktur erhalten, um grenzüberschreitende Personenverkehrsdienste erbringen zu können.[259] Die Regulierung muss darauf ausgerichtet sein, dem Betreiber der Schienenwege Anreize zur Kostensenkung und zur effizienten Verwaltung seiner Fahrwege zu geben.[260] Diese Vorgaben sind im deutschen Recht bislang unzureichend umgesetzt worden. Auf den vom Betreiber der Schienenwege zu finanzierenden Infrastrukturbeitrag der LuFV, welcher in die Bemessung der Zugangsentgelte

---

[254] Ebenda, Tz. 277 ff.: Bis dahin erschienene Studien, welche sich insbesondere einer Analyse der Kostentragung der einzelnen Verkehrsträger widmen, umfassen entweder nur die Analyse von Teilmärkte oder beschränken sich auf eine Erhebung unmittelbar zurechenbarer Kosten und lassen externe Kosten, wie Umweltschäden oder Stau, außer Acht.

[255] Vgl. Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 78 Abs. 1 des Eisenbahnregulierungsgesetzes Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen – Drucksache 18/13290 – Stellungnahme der Bundesregierung.

[256] Siehe konkret Art. 10 Richtlinie 2012/34/EU, § 66 Abs. 1 ERegG.

[257] Siehe auch schon Tz. 52, 131 ff..

[258] Vgl. insofern Art. 3 Abs. 3 EUV.

[259] Art. 10 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 S. 1 RL 2012/34/EU.

[260] Erwägungsgrund 71 der RL 2012/34/EU.

eingeht, sind weder Anreize zur Kostensenkung noch ein Effizienz-Maßstab in Anwendung zu bringen.[261] Ebenso ist anzunehmen, dass Anreize ausgehöhlt werden, die nicht durch die LuFV festgeschriebenen Kosten effektiv zu senken.[262] Diesbezüglich wurde zuvor näher ausgeführt, dass die Anreizsetzung in der Entgeltregulierung nach §§ 23 ff. ERegG durch verschiedene Faktoren unterminiert wird.[263]

171. Nach Art. 102 AEUV ist es marktbeherrschenden Unternehmen jedoch verboten, für Produkte den Preis auf einem vorgelagerten Markt gegenüber ihren eigenen Preisen auf dem nachgelagerten Markt so anzusetzen, dass es sogar für einen ebenso effizienten Wettbewerber nicht mehr möglich ist, auf dem nachgelagerten Markt langfristig rentabel zu bleiben.[264] Die Trassenpreise des Schienenpersonenfernverkehrs in Deutschland fallen im europäischen Vergleich relativ hoch aus.[265] Zwar können sich die Schienenwege und die Bedingungen ihres Betriebs in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten erheblich unterscheiden. Hierbei spielt neben Unterschieden in der Beschaffenheit der Infrastruktur eine Rolle, dass die Trasseninfrastruktur in den Mitgliedstaaten in unterschiedlichem Umfang staatlich subventioniert wird. Allerdings belässt speziell die deutsche Regulierung der DB-Gruppe zugleich unternehmerische Verhaltensspielräume. Diese Spielräume können einen eigenständigen Einfluss auf die Marktentwicklung haben. Denn die DB-Gruppe kann sie grundsätzlich zum Aufbau überhöhter Kosten für den Infrastrukturbereich und damit zur Forderung missbräuchlicher Zugangsentgelte nutzen, um sich auf diese Weise künstlich gegen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsdiensten abzuschirmen.

172. Nach Art. 102 AEUV ist auch unerheblich, ob die betreffenden Entgelte behördlich genehmigt worden sind.[266] Die Entgeltgenehmigung bestätigt nur, dass die betreffenden Entgelte nach regulierungsrechtlichen Grundsätzen ordnungsgemäß berechnet worden sind. Sie sagt aber nichts darüber aus, wie die Forderung solcher Entgelte im Markt wettbewerbsrechtlich zu beurteilen ist.[267] Diesbezüglich ist allein relevant, in welchem Umfang das regulierte Unternehmen (faktisch) über Verhaltensspielräume verfügt, die es zum Nachteil anderer Marktteilnehmer einsetzen kann.

173. Nach § 26 Abs. 2 S. 2 ERegG darf die mit den Betriebsleistungen nach § 25 Abs. 1 ERegG gewichtete Summe genehmigter Trassenentgelte die Obergrenze der Gesamtkosten nicht übersteigen. Die Obergrenze der Gesamtkosten wird nach § 25 Abs. 2 S. 1 ERegG durch die Fortschreibung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten bestimmt.[268] Das Ausgangsniveau der Gesamtkosten unterliegt der Prüfung durch die Regulierungsbehörde und wird durch Verwaltungsakt festgelegt (§ 25 Abs. 1 S. 4 ERegG). Für die Zwecke dieses Abschnitts kann unterstellt werden, dass die Festlegung durch die Bundesnetzagentur für die erste Regulierungsperiode regulierungsrechtlich korrekt erfolgt ist.[269] Im Rahmen der Entgeltberechnung, die der Bestimmung der Obergrenze der Gesamtkosten nachfolgt, werden die in die Entgelte einfließenden Vollkosten sodann vom regulierten Unternehmen nach dem Ramsey-Boiteux-Prinzip auf einzelne Marktsegmente verteilt.[270]

---

[261] Vgl. oben Abschn. 3.1.3.3.

[262] Vgl. Tz. 142.

[263] Siehe oben Tz 131 ff.

[264] Sogenannte Kosten-Preis-Schere; vgl. EU-Kommission, Mitteilung - Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, S. 7, Tz. 80 f.

[265] Siehe oben Tz. 130.

[266] EuGH, Urteil vom 14. Oktober 2010, C-280/08 P - Deutsche Telekom/Kommission, Slg. 2010, I-9555) ECLI:EU:C:2010:603, Rz. 80 ff., 157 ff.; Urteil vom 14. Dezember 2000, C-344/98 - Masterfoods und HB, Slg. 2000, S. I-11369, ECLI:EU:C:2000:689, Rz. 48 (dort zur Bindung von Kartellbehörden an nationale Gerichtsentscheidungen).

[267] Eine Prüfung von Art. 102 AEUV dürfte hier auch nicht nach Art. 106 Abs. 2 AEUV entfallen. Denn ein etwaiges missbräuchliches Verhalten der DB-Gruppe beträfe nicht die Infrastrukturebene, sondern den Vertrieb von Verkehrsdienstleistungen, bei dem die DB-Gruppe mit anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen im Wettbewerb steht bzw. stehen könnte.

[268] Siehe ausführlich Tz. 115 ff.

[269] Vgl. BNetzA, Beschluss vom 28. Juni 2017, BK10-17-0001-E.

[270] § 26 Abs. 2 S. 1 i. V. m. §§ 31 ff. ERegG. Zur genauen Vorgehensweise, siehe Tz. 125 ff.

174. In den vorausgehenden Abschnitten wurde dargelegt, dass die Anreizsetzung in der Entgeltregulierung dem Betreiber der Schienenwege die Freiheit gibt, im Verfahren zur Festlegung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten möglichst hohe Kosten geltend zu machen. Als exemplarisch dafür kann angesehen werden, dass die angesetzten Kapitalkosten des Betreibers der Schienenwege nur unzureichend auf das tatsächliche Risiko potenzieller Kapitalgeber abstellen.[271] Der kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalzinssatz stellt zwar auf eine kapitalmarktübliche Verzinsung ab, basiert jedoch auf der tatsächlichen Kapitalstruktur der DB Netz AG. Dies führte bereits im Ausgangsniveau der Gesamtkosten zu hohen anrechenbaren Kapitalkosten. Läge die Eigenkapitalquote der DB Netz AG über einer wettbewerbsüblichen Eigenkapitalquote, würden sich entsprechend nicht wettbewerbsadäquate Kapitalkosten einstellen. Tatsächlich führte die DB AG im Jahr 2017 bei der DB Netz AG eine Eigenkapitalerhöhung um über EUR 1 Mrd. durch, was in eine Erhöhung der Eigenkapitalquote auf einen nicht mehr wettbewerbsadäquaten Wert von über 40 Prozent resultierte.[272] Außerdem wurde dargelegt, dass die Anerkennung der LuFV II als qualifizierte Regulierungsvereinbarung nach § 29 Abs. 5 ERegG, dazu führte, dass große Teile des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten ohne das Setzen von Effizienzanreizen in die Entgeltbemessung eingehen. Zudem könnte der Betreiber der Schienenwege in den Verhandlungen zur Nachfolgevereinbarung der LuFV II einen höheren Mindestinstandhaltungsbeitrag einfordern.[273] Dieser würde einen mehr als geringfügig veränderten Aufwand für Instandhaltung oder Ersatzinvestitionen bedeuten, sodass die Obergrenze der Gesamtkosten nach § 25 Abs. 3 ERegG nach oben angepasst würde.

175. Wenn der DB-Gruppe als Betreiber von Schienenwegen in einem ersten Schritt durch die Festsetzung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten finanzielle Spielräume bei der vorgelagerten Infrastruktur eröffnet werden, ist nicht auszuschließen, dass sie diese in einem weiteren Schritt zu einem missbräuchlichen Verhalten im Wettbewerb auf dem nachgelagerten Transportmarkt nutzt. Eine Erhöhung des Ausgangsniveaus bzw. der Obergrenze der Gesamtkosten im regulierungsrechtlich zulässigen Rahmen würde einen Spielraum für die DB-Gruppe eröffnen, Entgelte für den Zugang zu ihrer Trasseninfrastruktur höher anzusetzen, als dies für ein im Wettbewerb stehendes Unternehmen möglich wäre, das Kostensenkungen zwingend an seine Abnehmer weitergeben würde. Damit würde sich auch ein Spielraum ergeben, die Trassenentgelte so hoch anzusetzen, dass es in Anbetracht des Preisniveaus auf den nachgelagerten Transportmärkten für ebenso effiziente Wettbewerber auf diesen Märkten nicht mehr möglich wäre, langfristig rentabel zu bleiben.[274]

176. Zurzeit lässt sich keine Aussage darüber treffen, ob die Trassenentgelte der DB Netz AG in Anbetracht des Preisniveaus auf den nachgelagerten Märkten tatsächlich überhöht sind. Zwar sind die Trassenentgelte insbesondere im SPFV auffällig hoch. Zugleich haben sich dort bislang kaum Wettbewerber etablieren können. Dies erklärt sich aber – abgesehen von den in das Ausgangsniveau der Gesamtkosten eingehenden Kosten – daraus, dass der SPFV nach der Logik des Ramsey-Boiteux-Verfahrens die höchste Tragfähigkeit aufweist, während dem SGV eine niedrige Tragfähigkeit unterstellt wird und die Entgelte des SPNV gesetzlich festgesetzt sind. Außerdem bergen Markteintritte erhebliche wirtschaftliche Risiken, da der SPFV vollständig eigenwirtschaftlich zu erbringen ist. Daher würde es für ein etwaiges missbräuchliches Verhalten genügen, dass die Kosten über alle Verkehrsarten nach oben getrieben werden, da sich dies aufgrund des Ramsey-Boiteux-Konzepts insbesondere auf den SPFV auswirkt. Außerdem ist es regulierungsrechtlich nicht ausgeschlossen, dass die DB-Gruppe die wirtschaftlichen Vorteile, die sie im Rahmen der Anreizsetzung zur Kostensenkung gewinnt (Möglichkeit, in der jeweiligen Regulierungsperiode Gewinne zu realisieren) gegenüber den Vorteilen, die sie durch eine Überhöhung der Trassenentgelte erzielen kann (dauerhafter Ausschluss von Wettbewerbern im Fernverkehr), geringer gewichtet. Dabei muss sie berücksichtigen, dass eine Gesamtkostensenkung zu niedrigeren Trassenpreisen und damit dazu führt, dass auch die Markteintrittsbarrieren für Fernverkehrswettbewerber sinken. Schließlich ist das Bundeskartellamt bereits in der Vergangenheit (jedoch vor Einführung der aktuellen Entgeltregulierung) Beschwer-

---

[271] Siehe Tz.134 ff.

[272] Siehe Tz. 136.

[273] Siehe oben Tz. 140.

[274] Vgl. auch schon Gersdorf, H., Die Regulierung der Zugangsentgelte, undatierte Präsentation; abrufbar: https://www1.deutschebahn.com/resource/blob/720040/9427e1ebf015df9e839f7401e6895cda/Gersdorf-data.pdf.

den wegen überhöhter Trassenentgelte nachgegangen, die darauf hindeuteten, dass die DB-Gruppe Konkurrenten im Wettbewerb auf nachgelagerten Märkten behinderte.[275]

177. Ein Verhalten der DB-Gruppe, durch das sie Unternehmen bei einem Marktzutritt im SPFV behindert, könnte auch gegenwärtig zu Bedenken nach Art. 102 AEUV führen. Dies gilt ungeachtet der Frage, ob überhöhte Trassenentgelte in extremen Fällen auch eine – für sich genommen – missbräuchliche Preisüberhöhung darstellen könnten.[276] Soweit der Bund durch die Ausgestaltung der Regulierung und Kapitalzuführungen Maßnahmen trifft, die zu einer Erhöhung der Trassenkosten beitragen, ergeben sich Bedenken auch nach Art. 106 Abs. 1 AEUV. Die Bundesnetzagentur ist nach gegenwärtigem Recht allerdings nicht dazu verpflichtet, Trassenentgelte mit nach §§ 23 ff. ERegG zulässigen Entgeltbestandteilen auf ihre Vereinbarkeit mit Art. 102, 106 Abs. 1 AEUV zu überprüfen. Deshalb könnte es grundsätzlich dazu kommen, dass die Bundesnetzagentur Trassenentgelte genehmigt, die anschließend von den Kartellbehörden wegen eines Verstoßes gegen die besagten Vorschriften beanstandet werden. Eine solche Situation war nach der Liberalisierung des deutschen Telekommunikationsmarktes um die Jahrtausendwende eingetreten, als die Europäische Kommission gegen die von der Deutschen Telekom verlangten Vorleistungsentgelte für den entbündelten Zugang zu den Teilnehmeranschlussleitungen in Deutschland trotz Genehmigung der Bundesnetzagentur einschritt.[277]

3.3.2 Schutz konkurrierender EVU durch zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle von Infrastrukturentgelten durch EU-Vorgaben stark eingeschränkt

178. Eine zivilgerichtliche Überprüfung kann einen nachträglichen Schutz eröffnen, wenn Eisenbahnverkehrsunternehmen überhöhten Infrastrukturentgelten ausgesetzt sind. In der Vergangenheit hat es mehrere Streitfälle gegeben, in denen die Zivilgerichte einzelne Entgelte für den Zugang zur Eisenbahninfrastruktur nach § 315 BGB auf ihre Billigkeit hin überprüft haben.[278] Eine derartige Kontrolle kommt allerdings nur in Betracht, soweit eine Überprüfung nach zivilrechtlichen Maßstäben nicht aufgrund der behördlichen Genehmigung der Entgelte ausgeschlossen ist. Ansonsten bleibt den Zivilgerichten lediglich Raum zu einer Überprüfung von Entgelten nach Art. 102 AEUV.

179. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat im Jahr 2017 allerdings entschieden, dass die Bundesnetzagentur allein zuständig ist, um die von der Richtlinie 2001/14/EG (heute: Richtlinie 2012/34/EU) regulatorisch erfassten Infrastrukturentgelte auf ihre Vereinbarkeit mit den in der Richtlinie festgelegten Entgeltgrundsätzen zu überprüfen.[279] Dabei unterschied der EuGH nicht danach, ob die betreffenden Entgelte einer behördlichen Genehmigungspflicht unterliegen oder nicht. Die Richtlinie verfolge das Ziel, einen nicht diskriminierenden Zugang zu den Fahrwegen herzustellen und einen fairen Wettbewerb sicherzustellen.[280] Die Entgeltregelung der Richtlinie solle die Unabhängigkeit des Betreibers der Schienenwege gewährleisten, ihm Anreize geben, Investitionen zu tätigen, die Nutzung der Fahrwege zu optimieren und die Kosten der Infrastruktur zu senken, und ihm deshalb eine gewisse Flexibilität einräumen.[281] Die Entgelt- und Kapazitätszuweisungsregelungen für die Fahrwege sollten es dem Schienenwegbetreiber ermöglichen, die verfügbare Fahrwegkapazität gegen gleichwertige und nicht-diskriminierende Entgelte zu vermarkten und so effektiv wie möglich zu

---

[275] BKartA, Tätigkeitsbericht 1997/1998, BT-Drs. 14/1139, Tz. 143 f.; dazu auch Henk-Merten, Die Kosten-Preis-Schere im Kartellrecht, 1. Aufl. 2004, S. 46 m. weit. Nachw.

[276] Vgl. EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 248/257; dazu auch sogleich Tz.178 ff.

[277] EU-Kommission, Entscheidung 2003/707/EG vom 21. Mai 2003, 37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG, ABl. L 263 vom 14. Oktober 2003, S. 9.

[278] Siehe z. B. BGH, Urteil vom 18. Oktober 2011, KZR 18/10 (Trassenentgelte); OLG Frankfurt, Urteil vom 17. Januar 2012, 11 U 43/09 (Kart) (Trassenentgelte); OLG Frankfurt, Urteil vom 23. April 2013, 11 U 84/11 (Kart) (Stationsentgelte); LG Berlin, Urteil vom 17. März 2009, 98 O 25/08 (Stationsentgelte); Urteil vom 28. Februar 2012, 16 O 29/11 Kart (Stationsentgelte); LG Leipzig, Urteil vom 12. April 2014, 05 O 3406/14 (Trassenentgelte); LG München I, Urteil vom 3. Februar 2016, 37 O 24255/14 (Trassenentgelte). Die Entscheidungen betrafen jeweils nicht genehmigungsbedürftige Entgelte nach den jeweils einschlägigen Infrastruktur-Nutzungsbedingungen der DB-Gruppe oder nach Infrastrukturnutzungsverträgen.

[279] EuGH, Urteil vom 9. November 2017, ECLI:EU:C:2017:834. – CTL Logistics

[280] EuGH, ebenda, Rz. 36 f. mit Verweis auf Erwägungsgründe 5 und 11 bzw. 16 der RL 2001/14/EG.

[281] EuGH, ebenda, Rz. 38-42 mit Verweis auf Erwägungsgründe 12, 20, 34 und 40 der RL 2001/14/EG.

nutzen.[282] Das Diskriminierungsverbot sehe die Richtlinie als Gegenstück zu dem Spielraum bei der Berechnung und Erhebung der Entgelte vor.[283] Die als Beschwerdestelle einzurichtende nationale Regulierungsstelle habe die Entgelte auf Beschwerde hin sowohl im Einzelfall als auch in ihrer Gesamtheit zu beurteilen.[284] Auch Verhandlungen dürften nur unter Beteiligung der Regulierungsstelle stattfinden.[285] Die Entscheidung der Regulierung unterliege ihrerseits einer Kontrolle durch die zuständigen Gerichte (Deutschland: Verwaltungsgerichte).[286]

180. Mit diesem System sei eine zivilgerichtliche Entgeltkontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unvereinbar.[287] Eine solche Kontrolle habe einen eigenständigen Anwendungsbereich parallel zu den Vorgaben des Eisenbahnregulierungsrechts und basiere auf einzelfallabhängig angewandten Äquivalenzgrundsätzen, die von den Richtlinienvorgaben abwichen.[288] Im Rahmen dieser Kontrolle sei es auch nicht möglich, die Unabhängigkeit der Infrastrukturbetreiber zu wahren, da diese „jederzeit damit rechnen müss[t]en, dass ein Zivilgericht nach § 315 BGB das für ein einzelnes Eisenbahnunternehmen, das Partei des Verfahrens ist, geltende Entgelt nach billigem Ermessen bestimmt."[289] Wenn die Zivilgerichte im Rahmen der Billigkeitskontrolle unmittelbar die Vorschriften des Eisenbahnregulierungsrechts anwenden würden, würden sie damit in die alleinige Zuständigkeit der Regulierungsstelle zur Entgeltüberwachung eingreifen.[290] Zudem sei es praktisch schwierig, die Einzelfallentscheidungen der Zivilgerichte in ein diskriminierungsfreies System zu integrieren. Denn unterschiedliche Entscheidungen drohten schon dann, wenn Eisenbahnverkehrsunternehmen sich nicht einheitlich entscheiden würden, ob sie ein Zivilgericht anrufen oder nicht. Der Betreiber der Schienenwege und die Regulierungsbehörde könnten dies nur durch Anpassung der Entgelte für alle betroffenen Unternehmen nach einer zivilgerichtlichen Entscheidung verhindern, was mit der Unabhängigkeit der Regulierungsbehörde in Konflikt stände.[291] Eine verbindliche Entscheidung der Zivilgerichte stelle auch die Verbindlichkeit der regulierungsbehördlichen Entscheidungen für alle Betroffenen infrage.[292] Die Erstattung von Entgelten nach den Vorschriften des Zivilrechts komme also nur in Betracht, wenn die Unvereinbarkeit des Entgelts zuvor von der Regulierungsstelle oder von einem Gericht, das deren Entscheidung überprüft hat, festgestellt worden ist und nur der danach bestehende Anspruch auf Erstattung eingeklagt wird.[293] Auch die Nichtbeteiligung der Regulierungsstelle an gütlichen Einigungen vor den Zivilgerichten sei problematisch.[294] Schließlich könne der parallele eigenständige Anwendungsbereich des nationalen Zivilrechts die durch die Richtlinie geschützten Anreize zur Optimierung der Infrastruktur beeinträchtigen.[295]

181. Der Bundesgerichtshof hat in einem Beschluss zur Überprüfung von Infrastrukturentgelten nach § 315 Abs. 3 BGB ein schon vor dem EuGH-Urteil laufendes, anderweitiges Verfahren ausgesetzt, um eine Entscheidung der Bundesnetzagentur über den geltend gemachten Rückforderungsanspruch abzuwarten.[296] In dem Beschluss hat er ausgeführt, dass

---

[282] EuGH, ebenda, Rz. 44-47 mit Verweis auf Art. 1 Abs. 1 UAbs. 2, Art. 4 Abs. 5, 9 Abs. 5 und Erwägungsgrund 11 der RL 2001/14/EG. Siehe ergänzend auch Rz. 48 des Urteils mit Verweis auf Art. 3 der Richtlinie (zur Verpflichtung, die Entgeltgrundsätze in Schienennetz-Nutzungsbedingungen niederzulegen).

[283] EuGH, ebenda, Rz. 49-51 mit Verweis auf Art. 4 Abs. 1 UAbs. 2 RL 2001/14/EG; ergänzend auch Rz. 52-54 des Urteils mit Verweis auf Art. 12 und Erwägungsgrund 7 der Richtlinie (u. a. zu den Anreizen für eine effiziente Nutzung).

[284] EuGH, ebenda, Rz. 43, 55 ff. mit Verweis auf Art. 30 und Erwägungsgrund 46 der RL 2001/14/EG

[285] EuGH, ebenda, Rz. 60 mit Verweis auf Art. 30 Abs. 3 der Richtlinie.

[286] EuGH, ebenda, Rz. 62 mit Verweis auf Art. 30 Abs. 6 der Richtlinie.

[287] EuGH, ebenda, Rz. 69 ff.

[288] EuGH, ebenda, Rz. 70-76.

[289] EuGH, ebenda, Rz. 77-83.

[290] EuGH, ebenda, Rz. 84-87.

[291] EuGH, ebenda, Rz. 88-93.

[292] EuGH, ebenda, Rz. 94-96.

[293] EuGH, ebenda, Rz. 97.

[294] EuGH, ebenda, Rz. 98 f.

[295] EuGH, ebenda, Rz. 100-102.

[296] BGH, Beschluss vom 29. Januar 2019, KZR 12/15.

an der bisherigen Rechtsprechung zur Überprüfung von Infrastrukturentgelten am Maßstab des § 315 Abs. 3 BGB „jedenfalls dann nicht festgehalten werden [könne], wenn die Überprüfung der Entgelte durch die Bundesnetzagentur eine effektive Durchsetzung des Anspruchs der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf einen diskriminierungsfreien Zugang zur Eisenbahninfrastruktur ermöglicht und einen fairen Wettbewerb bei der Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen sicherstellt."[297] Es sei allerdings „Aufgabe - allein - der deutschen Gerichte, zu prüfen, ob und in welcher Weise das für den in Rede stehenden Zeitraum maßgebliche deutsche Recht so ausgelegt und angewendet werden kann, dass die Vorgaben der Richtlinie an die Ausgestaltung des nationalen Rechts wenn möglich vollständig beachtet werden und, wo das Gesetz eine entsprechende, vollständig der Richtlinie entsprechende Auslegung nicht zulässt, diese Vorgaben zumindest soweit umgesetzt werden, wie dies mit einer richtlinienkonformen Auslegung möglich ist."[298]

182. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat in Anbetracht der bislang unzureichenden Regulierung der Zugangsentgelte für die Bahninfrastruktur in Deutschland eine wichtige Schutzfunktion für die von überhöhten Entgelten betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen. Allerdings ist fraglich, ob nach der Rechtsprechung des EuGH überhaupt noch Raum für eine zivilgerichtliche Überprüfung nach § 315 Abs. 3 BGB verbleibt. Eine verfahrensbeendende Entscheidung des Bundesgerichtshofs auf Basis der obigen Argumentation würde den Beteiligten die Möglichkeit einer abschließenden rechtlichen Würdigung der von Richtlinie 2012/34/EU erfassten Infrastrukturentgelte durch die Bundesnetzagentur und durch die Verwaltungsgerichte entziehen.[299] Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar nicht auf die Befugnis der Zivilgerichte zur Durchsetzung von Art. 102 AEUV gestützt. Eine zivilgerichtliche Entgeltkontrolle auf Basis dieser Vorschrift ist unabhängig von den Vorgaben der Richtlinie 2012/34/EU möglich. Auch eine solche Kontrolle liefe aber dem grundsätzlich legitimen Ziel des Richtliniengebers entgegen, die Kontrolle von Infrastrukturentgelten bei den Verwaltungsbehörden und -gerichten zu konzentrieren.

3.3.3 Erweiterung der Überprüfungs- und Sanktionsbefugnisse der Bundesnetzagentur als systemkonformes Abhilfeinstrument

183. Die Monopolkommission hält eine sektorspezifische Missbrauchsaufsicht für ein Instrument, um im Fall missbräuchlich überhöhter Infrastrukturentgelte die Defizite der bestehenden Regulierung auszugleichen und einen systemkonformen Schutz der von den Entgelten betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu ermöglichen. Diese sektorspezifische Missbrauchsaufsicht würde den bestehenden § 10 ERegG ergänzen, der die Bundesnetzagentur ermächtigt, den Zugang zu Eisenbahnanlagen zu angemessenen, nicht-diskriminierenden und transparenten Bedingungen zu überwachen. Sie sollte alle missbräuchlichen Verhaltensweisen umfassen, die auch in den anderen deutschen Netzindustrien einer speziellen Missbrauchsaufsicht unterliegen.[300] Die Monopolkommission sieht dabei auch ein Potenzial dafür, dass eine spezielle Missbrauchsaufsicht dazu beitragen könnte, die Maßstäbe für die (präventive) Anreizregulierung weiterzuentwickeln. Diese Erfahrung ließ sich etwa im Telekommunikationsbereich machen, in dem die Bundesnetzagentur bisher auf die Durchführung (nachträglicher) Missbrauchsverfahren verzichten konnte.

184. Als Bestandteil der sektorspezifischen Missbrauchsaufsicht erscheint es allerdings unverzichtbar, der Bundesnetzagentur auch Befugnisse zur Festsetzung wirksamer Sanktionen einzuräumen. Zur Durchsetzung von Regulierungsentscheidungen kann die Bundesnetzagentur bisher lediglich auf Zwangsmittel nach dem Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz zurückgreifen. Regulierte Unternehmen können dies ausnutzen, indem sie sich der Umsetzung von Regulierungsvorgaben bis zu einem Einschreiten der Bundesnetzagentur verweigern, zum Zeitpunkt des Einschreitens aber umgehend kooperieren, sodass die Festsetzung von Zwangsmitteln nicht gerechtfertigt ist. Es wird kolportiert, dass die DB-Gruppe

---

[297] BGH, Beschluss vom 29. Januar 2019, KZR 12/15, Rz. 11.

[298] BGH, Beschluss vom 29. Januar 2019, KZR 12/15, Rz. 20.

[299] §§ 17 Abs. 2 S. 1, 17a Abs. 1 GVG; dazu Lückemann in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 13 GVG Rz. 31, 34, § 17 Rz. 5 f.; Hartmann in: Baumbach u. a., Zivilprozessordnung, 77. Aufl. 2019, § 13 GVG Rz. 16 f.; § 17 Rz. 5. Es ist auch fraglich, ob den unionsrechtlichen Pflichten § 17a Abs. 5 GVG als nationales Recht entgegengehalten werden kann; zu dieser Vorschrift Lückemann in: Zöller, a. a. O., § 17a GVG Rz. 18; Hartmann in: Baumbach u. a., Rz. 19-21. Zu den relevanten unionsrechtlichen Vorgaben siehe schon zuvor eingehend Ludwigs, Zivilgerichtliche Billigkeitskontrolle nach § 315 BGB und europäisches Eisenbahnregulierungsrecht, 1. Aufl. 2014, S. 40 ff.

[300] Vgl. §§ 28 TKG, 30 EnWG, 32 PostG.

eine derartige Strategie verfolgt. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, neue Bußgeldtatbestände zur Ahndung einer Nichterfüllung der in §§ 18 ff., 63 ff. ERegG niedergelegten regulierungsrechtlichen Unternehmenspflichten einzuführen. Allein unter dieser Voraussetzung erscheint es vertretbar, wie in den anderen Netzindustrien auf eine Bußgeldbewehrung des neu zu schaffenden sektorspezifischen Missbrauchstatbestands zu verzichten und es hier bei einer Befugnis zu – gegebenenfalls mit Zwangsmitteln durchgesetzten – Abstellungsanordnungen zu belassen. Die Monopolkommission weist im Übrigen darauf hin, dass sie für den Postbereich eine Anlehnung des Sanktionssystems an das System des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§ 81 GWB) empfohlen hat.[301] Dies sollte perspektivisch auch für den Bahnbereich in Betracht gezogen werden, jedenfalls wenn die empfohlene Einführung sektorspezifischer Bußgeldtatbestände zur effektiven Rechtsdurchsetzung nicht ausreichen sollte.

185. Die Monopolkommission empfiehlt zuletzt, gesetzlich klarzustellen, dass die Bundesnetzagentur zur Überprüfung von Infrastrukturentgelten im Sinne der Richtlinie 2012/34/EU allein zuständig und dass eine zivilgerichtliche Entgeltkontrolle nach Art. 102 AEUV ungeachtet dessen möglich ist. Dagegen sollten §§ 33 Abs. 2 S. 3 und 45 Abs. 2 S. 3 ERegG zur Kontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB gestrichen werden, da die Vorschriften nach der Entscheidung des EuGH funktionslos sind. Die bisherige Position der Monopolkommission, wonach genehmigte Entgelte stets auch einer Billigkeitskontrolle nach § 315 Abs. 3 BGB unterliegen sollten, wird in Anbetracht der EuGH-Rechtsprechung nicht aufrechterhalten.[302]

3.3.4 Schnellere Rechtssicherheit bei der gerichtlichen Überprüfung behördlicher Entscheidungen zu Trassenentgelten

186. Die Beschlüsse der Bundesnetzagentur zur Bestimmung der Trassenentgelte sind im Besonderen aufgrund der Interpretationsanfälligkeit des auf Preiselastizitäten der Nachfrage basierenden Tragfähigkeitskonzepts zur Anlastung der Vollkosten juristisch anfechtbar.[303] So reichten sowohl die DB Netz AG als auch die DB Regio AG und die DB Fernverkehr AG beim Verwaltungsgericht Köln Klage gegen den Beschluss zur Genehmigung der Trassenentgelte für die Netzfahrplanperiode 2018 ein.[304] Zwar haben Rechtsmittel gegen Entscheidungen der Bundesnetzagentur nach § 68 Abs. 4 ERegG keine aufschiebende Wirkung. Allerdings kann eine erfolgreiche Klage zur Folge haben, dass die Bundesnetzagentur zur Genehmigung höherer Trassenentgelte verpflichtet wird. Dies führt zu erheblichen Unsicherheiten insbesondere bei den privaten Eisenbahnverkehrsunternehmen, die die höheren Trassenentgelte anschließend an die DB Netz AG zahlen müssen. In Anbetracht der bestehenden Unsicherheiten müssen Rückstellungen gebildet werden, die das operative Ergebnis der Unternehmen belasten. Diese Belastung ist gerade für kleine Wettbewerber mit vergleichsweise geringen Kapitalpolstern spürbar.

187. Die Monopolkommission spricht sich vor diesem Hintergrund dafür aus, die gerichtliche Überprüfung von Beschlusskammerentscheidungen im Hauptsacheverfahren auf zwei Instanzen zu beschränken (Abschn. 3.3.4.1). Außerdem spricht sie sich dafür aus, die Hauptsacheentscheidung über höhere Trassenentgelte nach dem Muster des § 35 Abs. 5 TKG an die Bedingung vorher beantragten Eilrechtsschutzes zu knüpfen (Absch. 3.3.4.2).

3.3.4.1 Gesetzliche Verankerung eines verkürzten Instanzenzugs

188. Die Monopolkommission begrüßt, dass Rechtsmittel gegen Beschlüsse der Regulierungsbehörde gemäß § 68 Abs. 4 ERegG keine aufschiebende Wirkung haben. Andernfalls hätten Klagen die Einführung der Anreizregulierung um Jahre

---

[301] Monopolkommission, Zehntes Sektorgutachten Post 2017 (SG 79), Privilegien abbauen, Regulierung effektiv gestalten!, 1. Aufl. 2018, Tz. 110.

[302] Vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn (SG 76), a. a. O., Tz. 54.

[303] Die Bestimmung von Preiselastizitäten der Nachfrage kann erheblich mit den zugrundeliegenden Annahmen der Schätzung, zum Beispiel hinsichtlich des Marktpreisniveaus und der Auswahl der Grundgesamtheit, variieren. Vergleiche hierzu Günthel, D./ Böttger, C./ Wierer, T./ Rössler, T., Gutachten zur Bestimmung der Elastizität der Nachfrage der Eisenbahnverkehrsunternehmen, KCW, 2018. Das Gutachten wurde im Auftrag der BNetzA zur Überprüfung der von der DB Netz AG ausgewiesenen Preiselastizitäten erstellt. Die Autoren kommen zu dem Schluss, dass die Nachfrage im Schienenpersonenfernverkehr und Schienengüterverkehr generell preisunelastischer ist, als durch die DB Netz AG im Trassenpreissystem 2018 angegeben.

[304] Schlesiger, C., Deutsche Bahn verklagt Bundesnetzagentur mehrfach, WirtschaftsWoche, 18. Mai 2017. Für Klageverfahren gegen Verwaltungsakte der Bundesnetzagentur ist aufgrund ihres Sitzes in Bonn das Verwaltungsgericht Köln zuständig.

verschieben können. So wurde die Klage der DB Netz AG, der DB Fernverkehr AG sowie der DB Regio AG zurückgewiesen, die eine sofortige Aussetzung der Anwendung der Beschlusskammerentscheidung zur Einführung des Trassenpreissystems 2018 vor dem zuständigen Oberverwaltungsgericht beantragt hatten.[305] Gegenstand der Klage war es, die Einführung des Trassenpreissystems 2018 auszusetzen, solange in dem anhängigen Hauptsacheverfahren vor dem Verwaltungsgericht Köln noch kein Urteil gefällt war.[306]

189. Bereits in dem ursprünglichen Entwurf für das ERegG (ERegG-E) war zusätzlich beabsichtigt, die gerichtliche Überprüfung von Beschlusskammerentscheidungen auf zwei Instanzen im Hauptsacheverfahren zu beschränken.[307] So sollte die erstinstanzliche Zuständigkeit beim zuständigen Oberverwaltungsgericht liegen. Gegen Urteile des Oberverwaltungsgerichts sollte den Beteiligten die Revision beim Bundesverwaltungsgericht zustehen. Allerdings wurde nach der dritten Beratung des Gesetzentwurfs durch den Bundestag die entsprechende Bestimmung gestrichen. Daher ist es möglich, dass Beschlüsse erst weit nach ihrem Erlass rechtskräftig werden. Damit ergibt sich die im einleitenden Abschnitt dargelegte Rückstellungsproblematik, da es nach Inhalt des höchstinstanzlichen Urteils zu zeitlich stark verzögerten Entgeltrückforderungen kommen kann.

190. Die Monopolkommission befürwortet deshalb nach wie vor prinzipiell eine Verkürzung des Instanzenzugs bei Klagen gegen Beschlusskammerentscheidungen, da so schnellere Rechtssicherheit für alle Beteiligten hergestellt werden kann.[308] Zur Vereinheitlichung der rechtlichen Standards mit dem Telekommunikationsgesetz sollte bei Beschlusskammerentscheidungen die Berufung nach der Verwaltungsgerichtsordnung ausgeschlossen werden.[309] Nach Ansicht der Monopolkommission sollte die Eingangszuständigkeit beim Verwaltungsgericht Köln liegen und unter Ausschluss der Berufung die Möglichkeit zur Revision zum Bundesverwaltungsgericht gegeben sein.[310]

3.3.4.2 Verknüpfung einer Hauptsacheentscheidung über höhere Trassenentgelte mit vorherigem Eilrechtsschutz

191. Die Monopolkommission spricht sich dafür aus, eine Parallelregelung zu § 35 Abs. 5 TKG in Abhängigkeit von der Belastungswirkung notwendiger Rückstellungen zu schaffen. Nach § 35 Abs. 5 TKG kann das zuständige Gericht in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes vorläufig ein höheres Entgelt als genehmigt anordnen, allerdings muss der entsprechende Eilantrag innerhalb enger Fristen gestellt werden. Verpflichtet das Gericht die Bundesnetzagentur sodann in der Hauptsache, die Genehmigung für ein höheres Entgelt zu erteilen, so entfaltet diese Genehmigung nur dann Wirkung, wenn zuvor eine entsprechende einstweilige Anordnung ergangen ist.

192. Derartige Rechtsschutzeinschränkungen in Entgeltgenehmigungsverfahren sind verfassungsrechtlich nur begrenzt zulässig.[311] Das Bundesverfassungsgericht hat – insoweit übereinstimmend mit einer Einschätzung der Monopolkommission – festgestellt, dass § 35 Abs. 5 TKG an einem Differenzierungsmangel leidet, weil die Vorschrift im Verhältnis zum regulierten Unternehmen pauschal sämtliche Vertragspartner schützt, auch wenn sie die sich aus der nachträglichen Änderung noch nicht bestandskräftiger Genehmigungsentscheidungen ergebenden Folgen wirtschaftlich besser bewältigen könnten. Dieser generelle Schutz der Wettbewerber durch die pauschale Rechtsschutzbeschränkung eines regulierten Unternehmens ist nach dem Bundesverfassungsgericht nicht als zulässige Typisierung zu rechtfertigen.[312]

---

[305] OVG NW, 13 B 676/17.

[306] Zum Hauptsacheverfahren, vgl. VG Köln, 18 K 3108/17.

[307] § 66 Abs. 4 ERegG-E in der Fassung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zur Neuordnung der Regulierung im Eisenbahnbereich, BT-Drs. 17/12726, S. 30.

[308] Monopolkommission, Viertes Sektorgutachten Bahn 2013 (SG 64), a. a. O., Tz. 160.

[309] § 137 Abs. 3 TKG.

[310] Monopolkommission, Viertes Sektorgutachten (SG 64), a. a. O., Tz. 161.

[311] Siehe BVerfG, Beschluss vom 22. November 2016, 1 BvL 6/14 u. a.; Mayen/Lünenbürger/Mayen in: Scheurle/Mayen, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2018, § 35 Rz. 84, 105 ff.

[312] BVerfG, Beschluss vom 22. November 2016, 1 BvL 6/14 u. a., Rz. 57 ff, 68 ff.

193. Das schließt eine an § 35 Abs. 5 TKG orientierte Regelung allerdings zumindest in Bezug auf solche Konstellationen nicht aus, bei denen erkennbar ist, dass der mit einer solchen Regelung verbundene Schutz zur Sicherung des Wettbewerbs erforderlich ist. Das ist aus Sicht der Monopolkommission zurzeit umfassend der Fall, da vorhandene kleinere Marktteilnehmer im Vergleich zur DB-Gruppe grundsätzlich weniger in der Lage sind, hohe Nachzahlungen für den Infrastrukturzugang wirtschaftlich zu bewältigen. Andere Unternehmen, dürften von einem Marktzutritt als Eisenbahnverkehrsunternehmen abgeschreckt werden, weil die Aussicht auf hohe Nachzahlungen eine erhebliche Marktzutrittshürde darstellen kann. Die befürwortete Neuregelung würde somit die Bedingungen für einen chancengleichen Wettbewerb verbessern. Sie wäre nach den Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts freilich zu überwachen, um sie unter veränderten tatsächlichen Bedingungen oder im Fall einer veränderten Erkenntnislage mit der Verfassung in Einklang zu halten.

194. Die Monopolkommission empfiehlt deshalb, § 45 ERegG um einen wie folgt gefassten Absatz 3 zu ergänzen:

„Nachdem Entgelte gemäß Absatz 1 Satz 1 genehmigt worden sind, kann das Gericht im Verfahren nach § 123 der Verwaltungsgerichtsordnung die vorläufige Zahlung eines beantragten höheren Entgelts anordnen, wenn überwiegend wahrscheinlich ist, dass der Anspruch auf die Genehmigung des höheren Entgelts besteht; der Darlegung eines Anordnungsgrundes bedarf es nicht. Verpflichtet das Gericht die Bundesnetzagentur zur Erteilung einer Genehmigung für ein höheres Entgelt, so entfaltet diese Genehmigung nur dann Rückwirkung, wenn eine Anordnung nach Satz 1 ergangen ist. Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 123 Abs. 1 der Verwaltungsgerichtsordnung kann nur bis zum Ablauf von zwei Monaten nach Klageerhebung gestellt und begründet werden.“

3.4 Vergabe von Schienenwegkapazität

3.4.1 Diskriminierungspotenziale bei der Vergabe von Schienenwegkapazität abbauen

195. Die Zuweisung von Schienenwegkapazität erfolgt durch die DB Netz AG. Die rechtlichen Vorgaben hierzu finden sich im Eisenbahnregulierungsgesetz.[313] Die Umsetzung durch die DB Netz AG wird in der von ihr veröffentlichten Richtlinie 402.0202 dargelegt.[314] Dort werden insbesondere die Regeln für die Trassenanmeldung durch die Zugangsberechtigten sowie der Prozess der Trassenkonstruktion erläutert.

196. Ein reibungsloses Funktionieren der Zuweisung von Schienenwegkapazität ist insbesondere auch für Anbieter von Verkehren außerhalb des Netzfahrplans von großer Bedeutung. Die Wirtschaftlichkeit von Gelegenheitsverkehren des Schienengüterverkehrs sowie des Schienenpersonenverkehrs hängt nicht nur von der Qualität der angebotenen Trassen, sondern auch von der strikten Einhaltung möglichst kurzer Fristen durch den Betreiber der Schienenwege ab. Die Bearbeitung von Anträgen auf Zuweisung von Schienenwegkapazität außerhalb des Netzfahrplans ist in § 56 ERegG geregelt. Demnach hat der Betreiber der Schienenwege über diese Anträge unverzüglich, spätestens jedoch innerhalb von fünf Arbeitstagen zu entscheiden.[315] Allerdings gewährt es der Gesetzgeber dem Betreiber der Schienenwege, von dieser Frist abzuweichen, sollte sich die Bearbeitung als besonders aufwendig gestalten.[316] Diesen gesetzlich verankerten Ausnahmetatbestand macht sich die DB Netz AG zu Nutze, indem sie sich für entsprechende Zugtrassen eine Frist für die Trassenbearbeitung von vier Wochen einräumt.[317] Es ist anzunehmen, dass dies mit Unwägbarkeiten für die betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen einhergeht. Im Gegensatz zum deutschen Recht sehen die unionsrechtlichen Vorgaben der Richtlinie 2012/34/EU keine Möglichkeit der Gewährung derart langer Bearbeitungsfristen vor. So hat die Zuweisung einzelner Zugtrassen gemäß Art. 48 Richtlinie 2012/34/EU ausnahmslos so schnell wie möglich und auf jeden Fall binnen fünf Arbeitstagen zu erfolgen. Eine Eins-zu-eins-Umsetzung des Art. 48 Richtlinie 2012/34/EU in deutsches Recht wäre an dieser Stelle wünschenswert gewesen; nicht zuletzt deshalb, weil eine uneinheitliche Zuweisung von

---

313 Kapitel 3, ERegG, Erhebung von Entgelten und Zuweisung von Schienenwegkapazität im Schienenverkehr.

314 Deutsche Bahn AG, https://fahrweg.dbnetze.com/resource/blob/1357254/f8ce92100e0275bc851dcf8f7aee85bd/rw2019_402-0202-data.pdf, Richtlinie 402.0202; Abruf am 4. Mai 2019.

315 § 56 Abs. 1 ERegG, Satz 1.

316 § 56 Abs. 1 ERegG, Satz 3.

317 DB Netz AG, Richtlinie 402.0202, S. 6.

Zugtrassen, durch die einzelne Eisenbahnverkehrsunternehmen benachteiligt werden könnten, auch als wettbewerbswidrige Diskriminierung aufgefasst werden kann (Art. 102 lit. c AEUV).[318] Demzufolge ist anzuraten, die Sätze 3 und 4 des § 56 Abs. 1 ERegG zu streichen.

197. Bei der Vergabe von Schienenwegkapazität für Verkehre im Netzfahrplan hat der Betreiber der Schienenwege auf Basis von § 50 Abs. 1 ERegG einen Zeitplan einzuhalten. Der Zeitplan für die Zuweisung von Schienenwegkapazität wird in Anlage 8 des ERegG konkretisiert. Demnach tritt der Netzfahrplan eines Jahres bereits am zweiten Samstag im Dezember des Vorjahres in Kraft. Die Frist für die Zugangsberechtigten zur Beantragung von Trassen endet am zweiten Montag im April. Spätestens vier Monate nach Ablauf dieser Frist hat der Betreiber der Schienenwege den Netzfahrplan zu erstellen.[319] Somit liegen auf Basis der gesetzlichen Vorgabe zwischen Bekanntgabe des Netzfahrplanentwurfs und dem Beginn des Netzfahrplanjahres lediglich vier Monate. Es kann davon ausgegangen werden, dass ein solch kurzfristiger Planungszeitraum wettbewerbliche Unwägbarkeiten für die Zugangsberechtigten mit sich bringt. Zwar haben diese gemäß § 66 Abs. 1 ERegG das Recht, bei der Regulierungsbehörde Beschwerde gegen Entscheidungen des Betreibers der Schienenwege einzureichen. Allerdings führt der kurze Zeitraum zwischen den Fristen zur Bekanntgabe des endgültigen Netzfahrplans und dessen Inkrafttreten dazu, dass Beschwerdeverfahren bis weit in das Netzfahrplanjahr hineinlaufen. Damit ist das Instrument der Beschwerde gegen Entscheidungen zur Vergabe von Schienenwegkapazität de facto ohne Wirkung.

198. Probleme ergeben sich daraus insbesondere für Verkehre des Schienenpersonenfernverkehrs-Segments Punkt-zu-Punkt, da diese bei Konflikten hinsichtlich der Kapazitätsvergabe eine nachrangige Behandlung erfahren. Aufgrund von Kapazitätsbeschränkungen ist es trotz gesetzlich gewährter Konstruktionsspielräume bei der Trassenkonstruktion nicht auszuschließen, dass es zu Trassenanmeldekonflikten kommt.[320] Der Gesetzgeber trug diesem Umstand Rechnung und verankerte in § 52 ERegG entsprechende Vorrangregeln, welche bei Anmeldekonflikten zur Anwendung zu bringen sind. In Streitfällen bezüglich der Trassenanmeldung hat der Betreiber der Schienenwege gemäß § 52 Abs. 7 ERegG folgende Vorrangregelung zu befolgen: Vorrang hat an erster Stelle vertakteter und ins Netz eingebundener Verkehr.[321] Danach sind an zweiter Stelle grenzüberschreitende Zugtrassen zu berücksichtigen. Nachfolgend findet an dritter Stelle der Schienengüterverkehr Berücksichtigung. Kommt es innerhalb einer dieser Kategorien zu Anmeldekonflikten, kommt an vierter Stelle § 52 Abs. 8 ERegG zur Anwendung. Demnach erhält die Trassenanmeldung Vorrang, bei der das höchste Entgelt zu erzielen ist. Kann der Konflikt dadurch immer noch nicht ausgeräumt werden, ist fünftens ein Höchstpreisverfahren anzuwenden.[322]

---

[318] Nach nationalem Recht haben auch marktbeherrschende Unternehmen dagegen keine Pflicht, konzerneigene Unternehmensteile und konzernfremde Unternehmen gleichzubehandeln (§ 19 Abs. 2 Nr. 3 GWB).

[319] Folglich ergaben sich für das Netzfahrplanjahr 2019 für die Beteiligten folgende Fristen. Die Zugangsberechtigten waren angehalten, eine Frist zur Einreichung von Trassenanmeldung bis zum 9. April 2018 einzuhalten. Die DB Netz AG hatte demnach eine Frist zur Bekanntgabe des endgültigen Netzfahrplanentwurfs bis zum 9. August 2018 einzuhalten. Das Netzfahrplanjahr 2019 begann am 9. Dezember 2018; DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2019), Version vom 9. Dezember 2018, S. 45.

[320] Gemäß § 52 Abs. 4 ERegG ist es dem Betreiber der Schienenwege gestattet, innerhalb vertretbarer Grenzen Schienenwegkapazität anzubieten, die von der beantragten Kapazität abweicht. Die DB Netz AG setzt diesen gesetzlich gewährten Konstruktionsspielraum in Abhängigkeit der vordefinierten Marktsegmente um. Für das Segment Punkt-zu-Punkt ein Konstruktionsspielraum von +/- 30 Minuten festgelegt, während der der Konstruktionsspielraum für die übrigen Verkehre des SPV lediglich +/- 3 Minuten beträgt. Das Ausschöpfen von Konstruktionsspielräumen erfolgt durch die DB Netz ohne Rücksprache mit dem Antragsteller; DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2020),, S. 45 ff.

[321] Zu „ins Netz eingebunden“ zählen Verkehre, die mindestens zwei bestellte Anschlussverbindungen innerhalb von 30 Minuten zu anderen Trassen aufweisen oder einen Umlauf aus Hin- und Rückleistung mit unveränderter Zugkonfiguration bilden, wobei zwischen Hin- und Rückfahrt maximal 60 Minuten liegen dürfen; DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2019), Version vom 9. Dezember 2018, S. 46.

[322] Bei Anwendung des Höchstpreisverfahrens muss der Betreiber der Schienenwege gemäß § 52 Abs. 8 ERegG die Zugangsberechtigten auffordern, innerhalb von fünf Arbeitstagen ein Entgelt anzubieten, das über dem Entgelt liegt, das auf der Grundlage der Schienennetz-Nutzungsbedingungen zu zahlen wäre. Die Angebote dürfen dem Betreiber der Schienenwege ausschließlich über die Regulierungsbehörde zugeleitet werden, die die übrigen Bieter nach Ablauf der Frist von fünf Arbeitstagen über die Angebote und deren Höhe informiert. Der Betreiber der Schienenwege hat dem Zugangsberechtigten, der das höchste Entgelt zu zahlen bereit ist, einen Nutzungsvertrag gemäß § 54 ERegG anzubieten.

199. Verkehre des Schienenpersonenfernverkehrs, die im Segment Punkt-zu-Punkt fahren, sind bereits per Definition nicht ins Netz eingebunden.[323] Demnach erfahren diese bei Anmeldekonflikten gegenüber allen ins Netz eingebundenen Verkehren des Schienenpersonenfernverkehrs und des Schienenpersonennahverkehrs eine nachrangige Behandlung. Es ist damit anzunehmen, dass für besagte Verkehre im Fall von Anmeldekonflikten bei Anwendung des gesetzlich vorgegebenen Streitbeilegungsverfahrens ein besonderes Risiko besteht, dass ihnen Trassen von lediglich minderer Qualität zugewiesen werden. Daraus entstehen erhebliche Unsicherheiten im Hinblick auf die geplanten Produktionsabläufe. Dies führt zu Belastungen der Verhältnisse zwischen den betroffenen Eisenbahnverkehrsunternehmen zu Kunden und potenziellen Investoren gleichermaßen. Da die final zugewiesenen Trassen, und insbesondere deren Qualität, erst spät bekanntgegeben werden, wird die Fahrgastakquise durch das frühzeitige Bewerben von Streckenangeboten unmöglich. Auch ist davon auszugehen, dass die durch die Unsicherheit hinsichtlich der Trassenvergabe bedingten Geschäftsrisiken zu einer Abschreckung potenzieller Investoren beitragen.

200. Aufgrund einer intransparenten Gestaltung des Trassenkonstruktionsprozesses bestehen im aktuellen System der Kapazitätszuweisung erhebliche Diskriminierungspotenziale. Zwar hat der Betreiber der Schienenwege gemäß § 44 ERegG die Zuweisung von Zugtrassen angemessen, nichtdiskriminierend und transparent durchzuführen. In der Realität ist es aber weder der Regulierungsbehörde noch den Zugangsberechtigten möglich, das Verfahren der DB Netz AG zur Vergabe angemeldeter Trassen nachzuvollziehen. Auch mangelt es an einer effektiven Sanktionierung von Verstößen gegen die gesetzlichen Vorgaben durch die DB Netz AG. So hat die Bundesnetzagentur aktuell keine Möglichkeiten, Verstöße zu sanktionieren. Demnach wäre es der DB Netz AG beispielsweise möglich, Trassenanmeldungen der eigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen bevorzugt zu behandeln oder die gesetzlichen Bearbeitungsfristen nicht einzuhalten, ohne dass sie dafür die Verhängung eines Bußgeldes zu befürchten hätte. Zur Behebung dieser Problematik ist anzuraten, Bußgelder für Verstöße zu etablieren, um so die Anreize für eine transparente Gestaltung der Trassenkonstruktion und einer pünktlichen Bearbeitung zu setzen.[324]

3.4.2 Abschaffung von Rahmenverträgen führt zu Unsicherheiten bei den Eisenbahnverkehrsunternehmen

201. Die zuvor beschriebene Problematik wird dadurch verschärft, dass seit dem Fahrplanwechsel zum Dezember 2016 keine Rahmenverträge mehr durch die DB Netz AG abgeschlossen werden. Dem liegt zugrunde, dass die Vorgaben der Richtlinie 2012/34/EU hinsichtlich der Vergabe von Rahmenverträgen zur Zuweisung von Schienenwegkapazität, durch den Erlass der Verordnung 2016/545 konkretisiert wurden. Die Verordnung stellt hohe Anforderungen an die Vergabe von Rahmenverträgen durch den Betreiber der Schienenwege. Eine zentrale Anforderung der Richtlinie an den Betreiber der Schienenwege ist beispielsweise, dass dieser bei der Erstellung des Netzfahrplans im Fall konkurrierender und unter Rahmenverträge fallender Trassenanmeldungen zu prüfen hat, wie sich die Ablehnung bzw. Gewährung eines Antrags auf die Wirtschaftlichkeit des Antragsstellers auswirkt.[325] Aufgrund des mit der Umsetzung der Verordnung verbundenen hohen Aufwands hat die DB Netz AG beschlossen, ab dem Fahrplanwechsel zum Dezember 2016 keine Rahmenverträge mehr abzuschließen. Damit laufen zum Ende der dritten Rahmenvertragsperiode im Dezember 2020 die meisten noch gültigen Rahmenverträge aus.[326] Die Abschaffung von Rahmenverträgen bringt aktuell zwei Probleme für Neuver-

---

[323] Über das sachliche Kriterium Anschlüsse werden „Züge des Punkt-zu-Punkt-Segments abgegrenzt, die keine Einbindung ins Netz aufweisen“; DB Netz AG, Schienennetz-Benutzungsbedingungen (SNB 2019), Version vom 9. Dezember 2018, Anlage 6.1, S.12. Ebenso weisen Verkehre des Segments Charter/Nostalgie, die dem SPFV zugerechnet werden, keine Einbindung ins Netz auf. Allerdings fahren diese nicht im Netzfahrplan und eine bestimmte Relation darf nicht mehr als 30 mal in der Netzfahrplanperiode bedient werden. Zwar erfahren diese Verkehre damit auch eine nachrangige Behandlung bei Anmeldekonflikten. Allerdings sind diese Verkehre auch nicht dem Kreis potenzieller Wettbewerber im SPFV zuzurechnen.

[324] Zu den Sanktionsbefugnissen der Bundesnetzagentur, vgl. Tz. 183, ff.

[325] Artikel 10 Abs. 2 a), Durchführungsverordnung (EU) 2016/545 der Kommission vom 7. April 2016 über Verfahren und Kriterien in Bezug auf Rahmenverträge für die Zuweisung von Fahrwegkapazität.

[326] Rahmenverträge können gemäß § 14a Abs. 1 Allgemeines Eisenbahngesetz (AEG) und des § 13 Eisenbahninfrastruktur-Benutzungsverordnung (EIBV) geschlossen werden und regeln die Nutzung von Zugtrassen für einen längeren Zeitraum als eine Netzfahrplanperiode. Die dritte Rahmenvertragsperiode startete im Dezember 2015. Die reguläre Rahmenvertragslaufzeit betrug fünf Jahre. Rahmenverträge mit einer längeren Laufzeit unterlagen, gemäß § 14a Abs. 2 AEG, der Genehmigungspflicht durch die Bundesnetzagentur.

kehre mit sich, die Markteintritte erheblich erschweren. So verschaffen Rahmenverträge den Marktteilnehmern ein gewisses Maß an Sicherheit in Bezug auf die Verfügbarkeit von Trassen, da hierin Merkmale zugewiesener Schienenwegkapazität für einen längeren Zeitraum als ein Netzfahrplanjahr festgelegt werden können. Aktuell erfolgt die Zuweisung von Schienenwegkapazität jedes Jahr aufs Neue, woraus eine Wiederkehr der oben genannten Unwägbarkeiten im jährlichen Turnus droht. Weiterhin wird die verfügbare Schienenwegkapazität durch die noch laufenden Rahmenverträge der dritten Rahmenvertragsperiode, noch bis mindestens zu Beginn des Netzfahrplanjahrs 2021, in erheblichem Maße eingeschränkt.

202. Zur Minderung der Unsicherheiten, die sich für die Eisenbahnverkehrsunternehmen nach dem Auslaufen der dritten Rahmenvertragsperiode ergeben, strengt die DB Netz AG 2019 erstmalig die sogenannte Fahrplankonzeptwoche an.[327] Diese soll in Form einer jährlich stattfindenden gemeinsamen Dialogplattform für Zugangsberechtigte aller Verkehrsarten organisiert werden. Dabei soll eine Vorschau auf die mittel- und langfristige Kapazitätsnutzung sowie die Diskussion entsprechender Trassenbedarfe ermöglicht werden. Dies betrifft insbesondere hochbelaste Strecken, hinsichtlich derer mögliche Lösungsansätze erarbeitet werden sollen, die für die Zugangsberechtigten im weiteren Prozess der Trassenberatung und -anmeldung nützlich sind. Der betrachtete Zeithorizont für die Kapazitätsplanung richtet sich dabei nach den Rahmenverträgen und bezieht sich mindestens auf den übernächsten Jahresfahrplan sowie die 3 bis 5 Folgejahre. Geplant war, die Bundesnetzagentur als Beobachter einzuladen. Im Gegensatz zu den Rahmenverträgen leitet sich aus der Fahrplankonzeptwoche allerdings keinerlei vertraglich bindende Wirkung ab. Es ist damit unwahrscheinlich, dass es die Fahrplankonzeptwoche vermag, den Zugangsberechtigten die erforderliche Sicherheit hinsichtlich der für sie verfügbaren Trassen zu erbringen. Zudem ist fraglich, wie die Schaffung einer Diskussionsplattform aus kartellrechtlicher Perspektive einzuschätzen ist, auch wenn hervorzuheben ist, dass eine Kooperation zur effizienteren Trassenvergabe kartellrechtlich grundsätzlich gerechtfertigt werden kann (Art. 101 AEUV, §§ 1 f. GWB). Insgesamt kann davon ausgegangen werden, dass eine Rückkehr zu Rahmenverträgen die Planungssicherheit für die Zugangsberechtigten erhöhen würde. Auch wenn die Vergabe langfristiger Rahmenverträge nach Erlass der Verordnung 2016/545 mit zusätzlichem Aufwand für den Betreiber der Schienenwege einhergeht, so ist dennoch zu vermuten, dass die daraus resultierenden Kosten durch den Nutzen der Zugangsberechtigten aufgewogen werden.

3.5 Deutschland-Takt

203. Als Deutschland-Takt wird ein deutschlandweiter integraler Taktfahrplan bezeichnet, der das bundesweite Schienenverkehrsangebot segmentübergreifend verknüpfen und aufeinander abstimmen soll.[328] Die Grundlage für das Konzept des Deutschland-Takts bildet die Planung des sogenannten Zielfahrplans 2030, der das Zielnetz des Bundesverkehrswegeplan 2030 abbildet.[329] Im Rahmen des Deutschland-Takts soll die langfristige Schieneninfrastrukturplanung fahrplanbasiert erfolgen. Dies bedeutet, dass zuerst das Schienenverkehrsangebot geplant und die Infrastruktur dann mit dem Ziel der Bedienung dieses konzipierten Angebots ausgebaut wird. Demnach sollen Maßnahmen zum Neu- und Ausbau der Schieneninfrastruktur der Realisierung des anvisierten Taktfahrplans Rechnung tragen. Dadurch soll ein hinsichtlich der Infrastruktur- und Verkehrsplanung abgestimmtes System zur Entwicklung eines effizienten Bahnwesens umgesetzt werden. Als Vorbild dieses Konzepts wird häufig der Schweizer Schienenverkehrsmarkt herangezogen, der seit 1982 über einen integralen Taktfahrplan verfügt, welcher stetig weiterentwickelt wird und nach dem sich die Infrastrukturentwicklung ausrichtet.[330]

---

[327] Vgl. DB Netz AG, https://fahrweg.dbnetze.com/fahrweg-de/kunden/leistungen/trassen/fahrplankonzeptwoche-3452844, Abruf am 4. Mai 2019. Die Fahrplankonzeptwoche 2019 bezieht sich auf die Zeit ab dem Netzfahrplanjahr 2021.

[328] Zur generellen Funktionsweise eines integralen Taktfahrplans, vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 192 ff.

[329] Vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Infrastruktur für einen Deutschland-Takt im Schienenverkehr; https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/G/BVWP/bundesverkehrswegeplan-2030-deutschlandtakt.html, Abruf am 4. Juli 2019.

[330] Vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 199 ff.

204. Die Planungen zur Einführung des Deutschland-Takts wurden in der jüngsten Vergangenheit konkretisiert. Die Bundesregierung formulierte die Umsetzung des Deutschland-Takts als ausdrückliches Ziel im Koalitionsvertrag.[331] Die Ausarbeitung des Deutschland-Takts auf Bundesebene erfolgt im Rahmen des vom BMVI initiierten „Zukunftsbündnis Schiene".[332] Im Hinblick auf die technische Implementierung eines integralen Taktfahrplans für Deutschland wurde im Oktober 2018 ein erster Gutachterentwurf zum Zielfahrplan 2030 vorgestellt.[333] Der Gutachterentwurf folgt einem sogenannten „Top-Down-Ansatz".[334] Dabei wurde zuerst eine Angebotskonzeption für den SPFV erarbeitet. Auf dem sich daraus ergebenden Fahrplan für den Fernverkehr wurden dann die Planungen der Angebotskonzeption für den SPNV aufgesetzt. Im Mai 2019 wurde ein aktualisierter zweiter Gutachterentwurf vorgestellt.[335] Dieser konkretisiert den ersten Entwurf insbesondere hinsichtlich der Einplanung von Trassen für den Schienengüterverkehr. Demnach soll das Angebot im Schienengüterverkehr auf Basis der Verkehrsprognose 2030 des BMVI als gleichrangiger Baustein des Deutschland-Takts in die Angebotskonzeptionen für den Fern- und Nahverkehr integriert werden.[336] Wie auch bei der Konzeption des Personenverkehrs vorgesehen, sollen aus dem geplanten Güterverkehrsangebot Infrastrukturmaßnahmen abgeleitet werden.

3.5.1 Integrale Taktfahrpläne bedürfen nicht zwingend einer vordefinierten Angebotsplanung

205. Während die technische Konzeptionierung eines Deutschland-Takts vorangetrieben wird, existieren im Hinblick auf die rechtliche und regulatorische Umsetzung bisher keine konkreten Planungen.[337] Wie zuvor erläutert, basiert der technische Entwurf des Deutschland-Takts auf einer zentralen Angebotsplanung. Dies bedeutet, dass der Taktfahrplan und damit die verfügbaren Trassen für alle Verkehrssegmente vordefiniert sind. Für den SPFV (sowie den SGV) würde ein Modell der zentralen Angebotsplanung mit Änderungen zum aktuellen Marktmodell des offenen Marktzugangs (Open-Access) einhergehen. Beispielsweise wäre es Eisenbahnverkehrsunternehmen innerhalb eines vordefinierten integralen Taktfahrplans und dem sich daraus ergebenden fest vorgegebenen Angebot nicht mehr möglich, gewünschte Parameter der Trasse, wie Zeit und Strecke, selbst vorzugeben. Ein bundesweiter integraler Taktfahrplan muss jedoch nicht zwingend auf einer zentralen Angebotsplanung aufbauen. Es ist nicht auszuschließen, dass sich integrale Taktfahrpläne auch basierend auf der Marktaktivität der Eisenbahnverkehrsunternehmen bilden können. Daher stellt sich die Frage, inwieweit sich die Ziele des Deutschland-Takts bereits im gegenwärtigen Open-Access-Modell realisieren lassen.

---

[331] CDU/CSU und SPD, Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land - Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, 19. Legislaturperiode, S. 80.

[332] Das „Zukunftsbündnis Schiene" arbeitet unter Federführung des BMVI und bildet sich aus 28 Mitgliedern, zu denen u.a. die Branchenverbände sowie die DB AG zählen. Die Arbeit erfolgt in fünf Arbeitsgruppen, die sich nach den fünf Themenschwerpunkten des Zukunftsbündnisses bilden. Neben der Einführung des Deutschland-Taktes wurden die Themen Kapazitätsausbau, Wettbewerbsfähigkeit des Schienenverkehrsmarktes, Reduktion von Lärmemissionen sowie Steigerung der Innovationstätigkeit festgelegt; Vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Auftakt Zukunftsbündnis Schiene. Wir steigen alle ein – eine neue Epoche der Schiene in Deutschland, 9. Oktober 2018.

[333] Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Zielfahrplan Deutschland-Takt Vorstellung des ersten Gutachterentwurfs im Rahmen des Zukunftsbündnisses Schiene, Berlin, 09. Oktober 2018.

[334] Vgl. hierzu auch Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 237 ff. Die Monopolkommission sprach sich in ihrem letzten Gutachten für die Umsetzung eines Top-Down-Ansatzes aus.

[335] Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Zielfahrplan Deutschland-Takt Informationen zum zweiten Gutachterentwurf, Berlin, 07. Mai 2019.

[336] Die Verkehrsprognose 2030 bildet die Grundlage für die Erarbeitung des Bundesverkehrswegeplans 2030; siehe https://www.bmvi.de/SharedDocs/DE/Artikel/G/verkehrsprognose-2030.html, Abruf am 4. Juli 2019. Die Planungen für den Güterverkehr sollen mehrstufig erfolgen. So soll zuerst ein Netz für langlaufende Güterverkehrstrassen geplant werden die im Zweistundentakt geeignete Bahnhöfe verknüpfen. Dieses wird um kurzlaufende Trassen ergänzt, um die lokale Nachfrage abzubilden. Schließlich sollen flexible Trassen zur Absorption von Auftragsspitzen und Betriebsstörungen eingeplant; Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Zielfahrplan Deutschland-Takt Informationen zum zweiten Gutachterentwurf, Berlin, 07. Mai 2019, S. 23 f.

[337] Dies geht unter anderem aus den Stellungnahmen der Marktteilnehmer und Verbände hervor.

206. Primär stellt ein Marktmodell des offenen Marktzugangs auf einen „Wettbewerb im Markt“ ab. In eigenwirtschaftlichen Schienenverkehrsmärkten dürfte dies zu einem Verkehrsangebot führen, das sich aus der Fahrgastnachfrage ableitet. Dem zugrunde liegt die Annahme, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen nur dort ihre Leistung erbringen, wo eine entsprechende Nachfrage generiert werden kann und es damit auch wirtschaftlich rentabel ist. Um dies zu gewährleisten, haben die Eisenbahnverkehrsunternehmen im Modell des offenen Marktzugangs bei der Trassenanmeldung hinreichende Freiheiten zur Bestimmung ihrer Trassenparameter. Unabhängig davon vermag es jedoch ein Taktfahrplan das Verkehrsangebot für die Fahrgäste attraktiver zu gestalten. So führt eine Abstimmung von Anschlussverbindungen im Rahmen eines Taktfahrplans zu kürzeren Umsteige- und damit auch Reisezeiten. Demnach kann angenommen werden, dass ein Angebot in Form von Taktfahrplänen auch bei offenem Marktzugang bereits aus wirtschaftlichen Gründen im Interesse der Eisenbahnverkehrsunternehmen liegt, da sich so zu überschaubaren Kosten die Fahrgastnachfrage erhöhen lässt. Im Unterschied zu den Planungen für den Deutschland-Takt würde dies jedoch nicht auf Basis eines vorkonzipierten Fahrplans erfolgen, sondern auf Grundlage eines an der Fahrgastnachfrage ausgerichteten Verkehrsangebots.[338]

207. Die Einführung des Deutschland-Takts mit einer zentralen Angebotsplanung würde eine aus Fahrgastsicht wünschenswerte Taktverdichtung mit sich bringen. Jedoch wäre damit eine Einschränkung der Wettbewerbsparameter gegenüber dem aktuellen Open-Access-Modell unvermeidbar. Die planerisch ausgerichtete Grundkonzeption des Deutschland-Takts würde die Eisenbahnverkehrsunternehmen ihrer Freiheit bei der Angebotskonzeption berauben. Der gegenwärtig intendierte „Wettbewerb im Markt“ würde sich gegebenenfalls vollständig auf einen „Wettbewerb um den Markt“ reduzieren.[339] Bei den Planungen für den Deutschland-Takt sollte daher stärker berücksichtigt werden, dass Taktfahrpläne im privatwirtschaftlichen Interesse liegen, wodurch auch die Realisierung eines integralen Taktfahrplans unter Beibehaltung der gegenwärtigen wettbewerblichen Gestaltungsparameter ausgeschlossen scheint.

3.5.2 Wettbewerbshemmnisse bei stufenweiser Umsetzung des Deutschland-Takts vermeiden

208. De facto orientiert sich bereits ein großer Teil der Verbindungen im deutschen SPFV an Taktfahrplänen.[340] Das sich daraus ergebende Verkehrsangebot wird allerdings nicht, wie in den Planungen für einen Deutschland-Takt vorgesehen, von einer zentralen Stelle auf Bundesebene geplant, sondern alleinig von der DB Fernverkehr AG konzipiert. Dabei wird oftmals in Abstimmung mit den Aufgabenträgern auch eine Verknüpfung mit dem Verkehrsangebot des SPNV angestrebt. Werden Verkehrsangebote des SPNV, die in den meisten Bundesländern ebenfalls in Form flächendeckender Taktfahrpläne umgesetzt werden, an den Fahrplan des SPFV angeknüpft, so entspricht dies bereits der Idee eines integralen Taktfahrplans.

209. Die zeitnahe Umsetzung integraler Taktfahrpläne liegt auch im Interesse des Bundes. Dies sollte jedoch bereits im Hinblick auf eine stufenweise Umsetzung des Deutschland-Takts erfolgen, indem sich die Vertaktungen des Angebots am Zielfahrplan des Deutschland-Takts ausrichten. So hieß es im Rahmen der Präsentation des zweiten Gutachterentwurfs für den Deutschland-Takt seitens des BMVI, dass basierend auf der Initiative der Eisenbahnverkehrsunternehmen und der regionalen Aufgabenträger in Zusammenarbeit mit den Infrastrukturbetreibern bereits in kurzer Frist erste Umsetzungsschritte den Deutschland-Takt schnell erlebbar machen würden.[341]

210. Tatsächlich strebt die DB Fernverkehr AG bereits eine Ausrichtung ihres Angebots in Abstimmung mit dem Nahverkehr an den Zielfahrplan des Deutschland-Takts an. Als Beispiel hierfür kann der Fahrplanwechsel im Dezember 2018 gesehen werden, bei dem mit der Einführung der neuen ICE 4-Fernverkehrszüge auch Neuerungen im Fahrplan insbe-

---

[338] Dennoch ist festzuhalten, dass sich trotz eines offenen Marktzugangs im SPFV bisher nicht der dadurch intendierte „Wettbewerb im Markt“ eingestellt hat. Wie im vorliegenden Gutachten erläutert, existiert für potenzielle Wettberber im SPFV eine Vielzahl von Markteintrittsbarrieren, die mitunter auch aus dem regulatorischen Umfelds entstehen.

[339] Vgl. Tz. 213 ff.

[340] Vgl. Initiative Deutschland-Takt, Stellungnahme der Initiative Deutschland-Takt zum Sondergutachten 76 der Monopolkommission „Bahn 2017: Wettbewerbspolitische Baustellen“, S. 3.

[341] Zur Planung einer stufenweise Umsetzung des Deutschland-Takts, vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Zielfahrplan Deutschland-Takt Informationen zum zweiten Gutachterentwurf, Berlin, 07. Mai 2019, S. 6.

sondere auf der Verbindung zwischen Nordrhein-Westfalen und Berlin einhergingen. Im Vorlauf zum Fahrplanwechsel tauschten sich der Aufgabenträger Nahverkehr Westfalen-Lippe (NWL), der in enger Zusammenarbeit mit dem Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (VRR) und Nahverkehr Rheinland (NVR) handelt, und die DB Fernverkehr AG hinsichtlich eines langfristigen Fernverkehrskonzepts für Nordrhein-Westfalen aus.[342] Im Ergebnis soll das Konzept bereits jetzt die Realisierung des im Hinblick auf den Deutschland-Takt vorgesehenen Halbstundentakts im Fernverkehr zwischen Hannover und Berlin ermöglichen. Zur Erreichung einer Vertaktung mit dem Fernverkehr, wurde in diesem Zuge auch das Angebot des betroffenen Nahverkehrs in Nordrhein-Westfalen angepasst.[343]

211. Unabhängig davon, ob sich eine zeitnahe Schaffung eines möglichst aufeinander abgestimmten segmentübergreifenden Verkehrsangebots bereits am Zielfahrplan des Deutschland-Takts ausrichtet oder nicht, ist diese aus Fahrgastsicht zu befürworten. Jedoch ist darauf zu achten, dass Wettbewerber der DB Fernverkehr AG von einer so durchgeführten stufenweisen Umsetzung des Deutschland-Taktes nicht grundsätzlich ausgeschlossen werden, indem es diesen nicht ermöglicht wird, bei den Planungen zur Fahrplanabstimmung mit den Aufgabenträgern des SPNV mitzuwirken. Andernfalls würde die stufenweise Umsetzung des Deutschland-Takts es der DB-Gruppe erlauben, ihre marktbeherrschende Position im Fernverkehr langfristig zu sichern. Demnach könnte die DB-Gruppe gegenüber dem Bund grundsätzlich argumentieren, dass das Fernverkehrskonzept des Deutschland-Takts bereits weitestgehend von der DB Fernverkehr AG umgesetzt wird und über Kooperationen mit den Aufgabenträgern auch die entsprechenden Anpassungen der Nahverkehrskonzepte erreicht werden. Eine solche Argumentation würde es auch nach der Einführung ordnungspolitischer Rahmenbedingungen für den Deutschland-Takt potenziellen Wettbewerbern im Fernverkehr erschweren, Verkehrsleistungen innerhalb des vordefinierten Angebots zu erbringen. Neben einem generellen Abbau von Markteintrittsbarrieren sollte es Wettbewerbern daher ermöglicht werden, Zugang zu Verkehrsplanungen zu erhalten, die insbesondere hinsichtlich einer Abstimmung von Fern- und Nahverkehrskonzepten konkreten Bezug auf den Zielfahrplan des Deutschland-Takts nehmen. Dies könnte gegenwärtig beispielsweise im Rahmen der von der DB Netz AG geplanten jährlich stattfindenden Fahrplankonzeptwoche erfolgen. [344]

3.5.3 Änderung des Marktmodells im SPFV macht regulatorische Neuorientierung erforderlich

212. Bereits in ihrem letzten Gutachten wies die Monopolkommission darauf hin, dass die Umsetzung eines angebotsorientierten integralen Taktfahrplans gegebenenfalls Änderungen am geltenden Eisenbahnregulierungsrecht erforderlich macht.[345] Dies wäre insbesondere dann gegeben, wenn sich mit der Einführung des Deutschland-Takts auch das Marktmodell für den SPFV grundsätzlich ändern würde. Dies wäre dann der Fall, wenn die zentrale Angebotsplanung auf Bundesebene auch die Vergabe der vordefinierten Trassen miteinbeziehen würde.[346] Dies würde insofern bereits gegen die gesetzlichen Regelungen zur Zuweisung von Zugtrassen und Schienenwegkapazität verstoßen, als dass diese gemäß § 44 ERegG durch den Betreiber der Schienenwege durchzuführen ist. Auch dürften die gesetzlichen Vorgaben zu Konfliktfällen bei Trassenanträgen nicht weiter angewendet werden können. So ist in Bezug auf Koordinierungs- und Streitbeilegungsverfahren gemäß § 52 Abs. 7 ERegG den Verkehren Vorrang einzuräumen, die vertaktet oder ins Netz eingebunden sind. Eine solche Vorgabe würde bei Umsetzung eines integralen Taktfahrplans über alle Verkehre obsolet. Zur genaueren Definition möglicher rechtlicher Novellierungen ist jedoch vorab zu klären, ob der Deutschland-Takt mit grundlegenden Änderungen am Marktdesign einhergehen soll. Nach Auffassung der Monopolkommission sollten entsprechende ordnungspolitische Planungen der technischen Konzeption nicht nachgestellt werden.

---

[342] Vgl. LOK Report, NRW: NWL und DB erarbeiten gemeinsames Konzept für Fernverkehr NRW, Berlin, 10. September 2018.

[343] Vgl. Landtag Nordrhein-Westfalen, Ausschussprotokoll APr 17/472 vom 05. Dezember 2018, 17. Wahlperiode, S.6.

[344] Zur Fahrplankonzeptwoche vgl. Tz. 202.

[345] Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 214 ff.

[346] Ein entsprechendes Szenario wird im nachfolgenden Kapitel diskutiert.

3.5.4 Wettbewerb „um den“ statt „im“ Markt - Organisation des SPFV durch einen Aufgabenträger auf Bundesebene?

213. Eine große Herausforderung im Hinblick auf die Umsetzung des Deutschland-Takts ist die ordnungspolitische Gestaltung der Zuweisung der vordefinierten Trassen. Es ist dabei weiterhin davon auszugehen, dass die Trassenzuweisung, wie auch die Angebotsplanung, von einer zentralen Stelle durchzuführen sein wird. Die aktuellen Planungen zum Deutschland-Takt werden unter Federführung des BMVI erstellt. Damit tritt der Bund als Taktgeber in Erscheinung. Es läge daher nahe, dass auf Bundesebene auch eine Stelle etabliert würde, welche die Rolle eines Aufgabenträgers für den Fernverkehr übernimmt. Eine Zuständigkeit des Bundes für die Vergabe der Takttrassen dürfte sich jedenfalls aus § 87e Abs. 4 GG ableiten lassen, gemäß dem der Bund seinen Gewährleistungsauftrag für den SPFV zu erfüllen hat.[347] In diesem Kontext könnte zur Trassenvergabe ein Modell öffentlicher Ausschreibungen nach dem Vorbild des SPNV Anwendung finden. Dabei sollte zur Wahrung eines wettbewerblichen Marktumfeldes ein transparenter und diskriminierungsfreier „Ausschreibungswettbewerb“, also ein Wettbewerb „um den Markt“ initiiert werden.[348] Dies würde zwar eine Abkehr vom gegenwärtigen Open-Access-Modell bedeuten und die zuvor erwähnten rechtlichen Änderungen erforderlich machen, allerdings böte sich dadurch auch die Chance, dass sich analog zum SPNV auch im SPFV langfristig Wettbewerber etablieren könnten.

214. Neben der Organisation der Trassenvergabe stellt die Gestaltung der Verträge zur Trassennutzung eine weitere zentrale regulatorische Herausforderung dar. Dabei spielt die gewährte Nutzungsdauer der Trassen eine wichtige Rolle. Eine jährliche Neuvergabe, wie Sie aktuell durch die DB Netz AG nach Auslaufen der dritten Rahmenvertragsperiode angewendet wird,[349] wäre im Hinblick auf eine langfristige Sicherstellung der Bedienung aller vordefinierten Trassen für die Zugangsberechtigten mit einer hohen Unsicherheit behaftet. Ein entsprechender Schutz der Trassen über einen Zeitraum, welcher über die Dauer eines Netzfahrplanjahres hinausgeht, scheint für die Umsetzung des Deutschland-Takts daher wünschenswert. Im Gegenzug muss jedoch sichergestellt werden, dass die vergebenen vordefinierten Trassen auch tatsächlich bedient werden, andernfalls würde das Konzept eines integralen Taktfahrplans versagen. Käme es im SPFV zu Ausschreibungen von Trassen durch eine Aufgabenträgerorganisation auf Bundesebene, wäre zudem zu klären, in welcher Form die Nutzungsrechte an die Zugangsberechtigten übergingen. Hierzu ständen insbesondere Dienstleistungskonzessionen oder öffentliche Dienstleistungsaufträge (sog. Bruttoverträge) zur Disposition.[350]

215. Eine Unterscheidung zwischen Konzessionen und öffentlichen Aufträgen erfolgt im deutschen Recht in § 105 Abs. 2 GWB. Demnach geht bei einer Konzession im Gegensatz zu einem öffentlichen Auftrag das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer über.[351] Sollten Verkehrsverträge in Form einer Konzession vergeben werden, ist zu beachten, dass es das Unionsrecht gemäß Art. 5 Abs. 6 VO 1370/2007 den zuständigen Behörden ermöglicht, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr direkt zu vergeben, sofern dies nicht nach

---

[347] Darüber hinaus könnte eine konkretere Rechtsgrundlage geschaffen werden. So entwarf der Bundesrat das „Gesetz zur Gestaltung des Schienenpersonenfernverkehrs“, welches am 27. April 2018 (wiederholt) beschlossen und dem Bundestag vorgelegt wurde. Dem Gesetzesentwurf zufolge wäre – entsprechend den SPNV-Aufgabenträgern auf Länderebene – eine Aufgabenträgerorganisation auf Bundesebene einzurichten. Jedoch äußerte sich die Bundesregierung ablehnend, da eine solche Reorganisation des SPFV mit hohen finanziellen Belastungen für den Bund einherginge. Eine Befassung im Bundestag steht jedoch weiterhin aus; Deutscher Bundestag, BT-Drs. 19/2074 vom 09. Mai 2018.

[348] Hinsichtlich einer wettbewerblichen Gestaltung eines Ausschreibungswettbewerbs, vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 245 ff.

[349] Vgl. Tz. 201.

[350] Die beiden genannten Vergabeverfahren entsprechen der gängigen Vergabepraxis der Aufgabenträger im SPNV.

[351] Bei einem öffentlichen Auftrag (oder Bruttovertrag) liegt das Erlösrisiko nicht beim Eisenbahnverkehrsunternehmen, sondern beim öffentlichen Aufgabenträger. Hingegen erfolgt bei einer Dienstleistungskonzession eine Übertragung des Betriebsrisikos auf den Konzessionsnehmer. Dies ist der Fall, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht gewährleistet ist, dass die Kosten für die Erbringung der Leistung wieder erwirtschaftet werden können, und der Konzessionsnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht vernachlässigbar sind. Dabei kann das Betriebsrisiko ein Nachfrage- oder Angebotsrisiko sein; § 105 Abs. 2 GWB. Bei Feststellung eines hinreichenden Erlösrisikos beim Fahrkartenverkauf sind die Nettoverträge zwischen Aufgabenträgern und Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV demnach Dienstleistungskonzessionen; vgl. Tz. 80.

nationalem Recht untersagt ist. In Deutschland trat im Jahr 2016 das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModG) in Kraft, woraufhin eine Novellierung des GWB notwendig wurde.[352] Dabei erfuhr die Regelung von Vergaben öffentlicher Aufträge über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr eine gesonderte Berücksichtigung. Demnach wurde gemäß § 131 Abs. 1 GWB die Möglichkeit der Direktvergabe im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb für Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr grundsätzlich ausgeschlossen. Öffentliche Aufträge und Konzessionen sind somit gemäß § 97 Abs. 1 i. V. m. § 131 Abs. 1 GWB grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Verkehrsvertrag als öffentlicher Auftrag oder als Konzession vergeben wird. Die Vergabe ist zudem transparent (§ 97 Abs. 1 GWB) und nichtdiskriminierend (§ 97 Abs. 2 GWB) durchzuführen.

216. Als Beispiel für ein Konzessionierungsmodell kann der SPFV-Markt in der Schweiz herangezogen werden. Dort ist der SPFV eigenwirtschaftlich zu erbringen und die Trassenvergabe im Rahmen des integralen Taktfahrplans erfolgt über Fernverkehrskonzessionen. Diese werden durch das nationale Bundesamt für Verkehr (BAV) vergeben.[353] Die Fernverkehrskonzessionen werden in festgelegten Abständen neu vergeben. Zur Erlangung einer Konzession müssen interessierte Eisenbahnverkehrsunternehmen Gesuche einreichen. Das BAV entscheidet dann nach Prüfung der Anträge und Konsultation der Kantone, Verkehrsverbünde, Transportunternehmen und Infrastrukturbetreiber, welchen Gesuchen stattgegeben wird. Bis zum Jahr 2018 wurden alle Fernverkehrskonzessionen an die SBB vergeben, die damit eine Monopolstellung innehatte.[354] Damit verdeutlicht das Beispiel der Schweiz, dass auch ein Konzessionierungsmodell es Wettbewerbern des Incumbents nicht zwingend ermöglicht, sich im Markt des SPFV zu etablieren.

217. Die Gültigkeitsdauer der in der Schweiz jüngst vergebenen Konzessionen beträgt 10 Jahre. Zwar gibt eine lange Konzessionslaufzeit den Eisenbahnverkehrsunternehmen die für einen wirtschaftlichen Betrieb der Trassen benötigte Sicherheit. Allerdings ermöglicht eine lange Konzessionsdauer es einem Unternehmen auch, eine langfristige Monopolstellung zu erlangen, da während der Konzessionslaufzeit Markteintritte faktisch ausgeschlossen werden.[355] Daher entsteht selbst bei einem wettbewerblichen Vergabeverfahren um die Konzessionen eine Situation, in der die Konzessionsnehmer regionale Monopolmacht über die ihnen zugewiesenen Strecken und Netze erlangen. Daher sollte sichergestellt werden, dass die Vergabeanforderungen den Konzessionsnehmern hinreichende Anreize setzen, ihre Leistung unter Effizienz- und Qualitätskriterien anzubieten, wie sie sich aus einem wettbewerblichen Marktumfeld ergeben würden. Es wäre insbesondere auch zu berücksichtigen, dass ein ausreichender Zeitraum zwischen dem Prozess der Konzessionsvergabe und dem Beginn der Konzessionierungsperiode gewährt wird. So würde es auch Marktneulingen ermöglicht, Konzessionsgesuche für Streckenverbindungen einzureichen, die besondere Anforderungen an das Zugmaterial stellen.[356]

---

[352] Das VergRModG wurde erforderlich, um die unionsrechtlichen Vergabevorschriften in nationales Recht zu überführen. Dabei handelte sich um die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU sowie 2014/25/EU.

[353] Dem Schweizer Modell der Konzessionsvergabe liegt zugrunde, dass der Bund über das ausschließliche Recht verfügt, Reisende gewerbsmäßig zu transportieren; PBG (Bundesgesetz über die Personenbeförderung) Art. 4 Grundsatz.

[354] Im Rahmen der Erneuerung der Fernverkehrskonzessionen im Sommer 2018, die Gültigkeit ab Ende 2019 erlangen werden, wurden mit der Vergabe von zwei Konzessionen an die BLS AG erstmalig nicht alle Konzessionen an die SBB vergeben; https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/aktuell/medienmitteilungen.msg-id-71096.html.

[355] Dass eine Konzession es den Unternehmen erlaubt, Monopolrenten zu erwirtschaften, zeigt das Beispiel des Schweizer Fernverkehrs. Dort war es der SBB zuletzt möglich, Gewinne in „tiefer dreistelliger Höhe“ zu generieren. Das BAV reagierte darauf im Zuge der Neuvergabe der Fernverkehrskonzessionen und koppelte den Deckungsbeitrag des Fernverkehrs – eine dem deutschen Ansatz der Vollkostenaufschläge äquivalente Beteiligung der Eisenbahnverkehrsunternehmen an der Finanzierung der Infrastruktur – an die erzielte Umsatzrendite. Übersteigt diese einen Wert von acht Prozent erhöht sich der Deckungsbeitrag entsprechend; BAV, https://www.bav.admin.ch/bav/de/home/das-bav/aufgaben-des-amtes/finanzierung/finanzierung-verkehr/personenverkehr/fernverkehr-fv.html, Abruf am 11. Juni 2019.

[356] Bei der Neuvergabe der Schweizer Fernverkehrskonzessionen reichte die BLS AG fünf Konzessionsgesuche ein, darunter zwei Gesuche für schnelle Intercity-Verbindungen. Den Gesuchen für die Intercity-Verbindungen wurde vom BAV nicht stattgegeben, da die hierfür notwendigen 200 Stundenkilometer schnellen Doppelstockzüge von der BLS AG nicht bis zum Beginn der Konzessionierungsperiode angeschafft werden konnten; vgl. Witschi, J., BLS lässt sich nicht mit zwei Linien abspeisen, Berner Zeitung, 23. Mai 2018.

218. Eine Alternative zum Konzessionierungsmodell würde die Vergabe von Fernverkehrstrassen im Rahmen öffentlicher Aufträge darstellen. Im Gegensatz zu Konzessionen würde dabei das Erlösrisiko der Eisenbahnverkehrsunternehmen auf den Bund übertragen. Eine solche Vorgehensweise entspräche der Vergabepraxis von Bruttoverträgen im SPNV. Demgemäß würde der Bund als Aufgabenträger des Fernverkehrs die Takttrassen zu einem Preis bestellen, welcher die zu erwartenden Kosten der Bedienung abbildet.[357] Im Gegenzug würden die Fahrkartenerlöse von den Eisenbahnverkehrsunternehmen an den Bund abgeführt. Würden die Kosten der Bedienung die Fahrkartenerlöse übersteigen, würde der Bund den entsprechenden Fehlbetrag decken, was eine direkte Subventionierung bedeuten würde. Zwar findet das Modell öffentlicher Aufträge im SPNV häufig Anwendung.[358] Allerdings ist zu beachten, dass der SPFV im Gegensatz zum SPNV eigenwirtschaftlich erbracht werden kann. Auch können sich aus Bruttoverträgen negative Auswirkungen auf den Anreiz der Eisenbahnverkehrsunternehmen ergeben, ein aus Sicht der Fahrgäste attraktives Angebot zu erbringen, da alle Erlöse abgeführt werden. Darüber hinaus ist nicht davon auszugehen, dass der Bund ein Modell öffentlicher Aufträge akzeptieren würde, da dieser die Verpflichtung zur Finanzierung des SPFV ausdrücklich zurückweist.[359] Ein solches Modell öffentlicher Aufträge erscheint für den SPFV somit nicht zielführend.

219. Ein öffentliches Vergabeverfahren muss des Weiteren sicherstellen, dass alle Trassen, die Bestandteil des integralen Taktfahrplans sind, auch bedient werden. Im Fall eines eigenwirtschaftlich zu erbringenden Fernverkehrs, sollte es daher allen an der Bereitstellung beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen möglich sein, ihre Dienste wirtschaftlich zu erbringen. Erhält ein Eisenbahnverkehrsunternehmen beispielsweise eine Trasse per Konzession, dann kann diese nur dann eigenwirtschaftlich betrieben werden, wenn die aus der Trassenbedienung generierten Erlöse im Verhältnis zu den zu entrichtenden Trassenentgelten hinreichend hoch ausfallen. Um einen eigenwirtschaftlichen Betrieb aller Trassen sicherzustellen, könnte daher angedacht werden, die Trassenentgelte auf ein Niveau der unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs (uKZ) abzusenken. Dadurch würden jedoch die Mittel zur Finanzierung der Eisenbahninfrastruktur in einem nicht unerheblichen Maße reduziert.[360] Auch wäre es über eine Trassenpreissenkung bei einem im Rahmen des Deutschland-Takts fest vorgegeben Angebot nicht möglich, eine zusätzliche Verkehrsnachfrage zu schaffen und daraus Mehreinnahmen zu erwirtschaften. Würden hingegen die Eisenbahnverkehrsunternehmen auch nach Umsetzung des Deutschland-Takts weiterhin über die Trassenentgelte an den Kosten zur Bereitstellung der Schienenwege beteiligt, könnte eine Ausschreibung nicht nur für einzelne Verbindungen, sondern für Netze bzw. Streckenbündel angewendet werden. Dadurch würde es Neuanbietern prinzipiell vereinfacht, in den Fernverkehrsmarkt einzutreten. Diese wären nicht dem wirtschaftlichen Risiko ausgesetzt, lediglich Zuschläge für einzelne und gegebenenfalls aufkommensschwache Verbindungsstrecken zu erhalten.[361]

3.5.5 Deutschland-Takt birgt Risiko der ineffizienten Infrastrukturplanung

220. Ein Kernziel des Deutschland-Takts ist die Ausrichtung langfristig angelegter Infrastrukturmaßnahmen anhand des angebotsorientierten Zielfahrplans. Beispielsweise erfordert die Realisierung halbstündlicher Verbindungen auf den Hauptrelationen zwischen den großen Ballungszentren einen Ausbau der Knotenbahnhöfe sowie den Neubau mehrerer

---

[357] Ein wettbewerbliches Vergabeverfahren könnte dabei analog zum SPNV dadurch erfolgen, indem die Eisenbahnverkehrsunternehmen in einen Bieterwettbewerb in Bezug auf die erwarteten Kosten des Streckenbetriebs gestellt würden, wobei das Eisenbahnverkehrsunternehmen den Zuschlag erhält, welches die Strecke am effizientesten bedienen kann.

[358] Es sei angemerkt, dass aktuell keine aussagekräftigen Daten über die Wahl der Vergabeverfahren durch die Aufgabenträger vorliegen. Es kann damit nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob Bruttoverträge oder Konzessionen häufiger Anwendung finden; Deutscher Bundestag, Bericht der Bundesregierung zur Vergabepraxis im SPNV nach der Änderung der Vergabeverordnung vom 1. Dezember 2002, BT-Drs. 18/12711, S. 3.

[359] Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Zielfahrplan Deutschland-Takt Informationen zum zweiten Gutachterentwurf, Berlin, 07. Mai 2019, S. 6.

[360] Zur Senkung von Trassenentgelten, vgl. Tz. 160, ff.

[361] Eine solche Problematik ergab sich bei der Neuvergabe der Schweizer Fernverkehrskonzessionen im Jahr 2018. Die BLS AG erhielt trotz eines Gesuchs für fünf Linien, darunter zwei schnelle Intercity-Verbindungen, lediglich die Konzessionen für zwei langsamere Regioexpress-Linien. Nach Aussage der BLS könne diese jedoch die fünf Linien nur als Paket wirtschaftlich betreiben; Witschi, J., BLS lässt sich nicht mit zwei Linien abspeisen, Berner Zeitung, 23. Mai 2018.

Hochgeschwindigkeitsstrecken.[362] Dieses Vorgehen birgt allerdings Risiken im Hinblick auf das Erreichen einer effizienten Marktlösung. So ist schwerlich vorstellbar, dass das im Zielfahrplan 2030 dargestellte Verkehrsangebot eine tatsächliche Abbildung zukünftiger Nachfrageszenarien erlaubt. Würde bei der Planung der daraus abgeleiteten Infrastrukturmaßnahmen etwa ein Überschussangebot, bzw. eine Überschussnachfrage, zugrunde gelegt, hätte die dadurch bewirkte infrastrukturelle Über- bzw. Unterkapazität eine dauerhaft ineffiziente Verkehrsallokation zur Folge. Allerdings könnte auch ein an der tatsächlichen Nachfrage orientiertes Verkehrsangebot dieses Risiko nur unwesentlich mindern. Der Grund hierfür liegt darin, dass sich Planung und bauliche Umsetzung von Maßnahmen zur Schaffung notwendiger Netzkapazitäten, wie beispielsweise der Neubau von Hochgeschwindigkeitsstrecken, oftmals über lange Zeiträume erstrecken.[363]

221. Demnach besteht bei Ausbauprojekten der Infrastruktur aufgrund der Langläufigkeit ihrer Planung und der Bautätigkeit ein generelles Risiko, dass heutige Planungen zu ineffizienten Verkehrsallokationen in der Zukunft führen. Ein Unterschied zwischen einer Planung auf Grundlage einer nachfragebasierten Verkehrsmenge und eines vorkonzipierten Verkehrsangebots liegt jedoch darin, dass bei letzterem gegebenenfalls wichtige Marktinformationen verloren gehen. Daher sollte bei der Planung der Infrastrukturvorhaben im Rahmen des Deutschland-Takts besonders darauf geachtet werden, Indikatoren der Nachfrageentwicklung kontinuierlich nachzuzeichnen und in die Planungen miteinzubeziehen.[364] Keineswegs jedoch dürfte das der Infrastrukturplanung innewohnende Risiko von Ineffizienzen durch die Vorkonzeption des Verkehrsangebots erhöht werden.

3.5.6 Klare Vorgaben zur Tarifierung im Deutschland-Takt

222. In Abhängigkeit des gewählten Marktmodells für den Deutschland-Takt ergeben sich zwangsläufig auch Implikationen für die Tarifierung im SPFV. Im gegenwärtigen Open-Access-Modell genießen die Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPFV im Hinblick auf ihre Tarifierung weitestgehend Gestaltungsfreiheit. Im Gegensatz dazu sind SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen im Rahmen von Ausschreibungen und der darin gemachten Vorgaben zur Anwendung von Verkehrsverbund- und Ländertarifen verpflichtet. Würde nun das Marktmodell für den SPFV im Rahmen des Deutschland-Takts hin zu einem Ausschreibungswettbewerb durch den Bund geändert, stellt sich die Frage, ob diese auch zur Anwendung eines unternehmensübergreifenden Tarifs verpflichtet werden sollten. Denkbar wäre dabei zum Beispiel ein „Deutschland-Tarif“, der übergreifend für alle Verkehre des SPFV sowie des SPNV gelten würde. Möglichst übergreifende Tarife sind insbesondere aus Fahrgastsicht zu befürworten. Zudem könnte über eine so verbesserte Interoperabilität im Fernverkehrsmarkt auch das Ungleichgewicht zwischen der DB Fernverkehr AG und potenziellen Neuanbietern abgebaut werden. Die Monopolkommission spricht sich daher auch unabhängig des Deutschland-Takts für verpflichtende durchgehende Tarife aus.[365] Jedoch ist bei einer übergreifenden Tarifierung darauf zu achten, dass dies im SPFV nicht mit einer Einschränkung des eigenwirtschaftlichen Preissetzungsspielraums der Eisenbahnverkehrsunternehmen einhergeht.[366]

3.6 Verbesserungen beim Zugang zu Rollmaterial notwendig

223. Schwierigkeiten beim Zugang zu geeignetem Zugmaterial stellen im SPFV eine zentrale Markteintrittsbarriere dar.[367] Die Gründe hierfür sind vielfältig. Gebrauchtes Material ist schwer zu bekommen und der Kauf von Neuwagen

---

362 Vgl. Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur, Zielfahrplan Deutschland-Takt Informationen zum zweiten Gutachterentwurf, Berlin, 07. Mai 2019.

363 Als Beispiel hierfür kann das sogenannte VDE 8 (Verkehrsprojekt Deutsche Einheit Nr. 8) herangezogen werden. So wurde das Projekt zum Bau einer Hochgeschwindigkeitsverbindung zwischen München und Berlin 1991 vom Bund beschlossen. Der finale Streckenabschnitt VDE 8.1 zwischen Nürnberg und Erfurt wurde allerdings erst zum Fahrplanwechsel im Dezember 2017 in Betrieb genommen; Vgl. VDE 8, http://www.vde8.de/---_site.project..ls_dir._likecms.html, Abruf am 11. Juni 2019.

364 Dies könnte beispielsweise über eine fortwährende Evaluation von Fahrgastzahlen erfolgen.

365 Eine ausführliche Besprechung von Ausgestaltungsmöglichkeiten in der Tarifierung findet sich in dem Abschnitt 4.1.3 in diesem Gutachten.

366 Vgl. Tz. 288.

367 Vgl. beispielsweise Monopolkommission, Viertes Sektorgutachten Bahn 2013 (SG 64), a. a. O., Tz. 216.

nimmt lange Vorlaufzeiten in Anspruch.[368] Zudem stellt die Finanzierung des Rollmaterials Neuanbieter und kleinere Eisenbahnverkehrsunternehmen vor Probleme. Im SPFV bestehen auch aufgrund der Regulatorik und dabei insbesondere im Hinblick auf die Regelungen zur Trassenvergabe Marktrisiken, die günstige Finanzierungskonditionen erschweren. Im Gegensatz zum SGV oder SPNV gibt es für den SPFV kaum Alternativen zum Kauf, wie zum Beispiel Leasingmodelle oder öffentlich finanzierte Fahrzeugpools. Neben den Marktbedingungen sind auch hohe technische Anforderungen an das Wagenmaterial des SPFV, insbesondere für die Bedienung von Hochgeschwindigkeitsstrecken, zu berücksichtigen.[369] Auch benötigen Züge vor Inbetriebnahme eine Genehmigung durch das Eisenbahn-Bundesamt (EBA), wodurch sich die Vorlaufzeit eines Markteintritts weiter erhöhen kann.

3.6.1 Hohe Marktrisiken erschweren Aufbau und Finanzierung von Fahrzeugflotten

224. Für das deutsche Schienennetz ist für die Genehmigung von Neu- bzw. Umbaufahrzeugen das Eisenbahn-Bundesamt (EBA) zuständig. Die entsprechende gesetzliche Grundlage bildet die Verordnung über die Erteilung von Inbetriebnahmegenehmigungen für das Eisenbahnsystem (EIGV). Beispielsweise werden in § 11 Abs. 2 EIGV die vom EBA einzuhaltenden Fristen hinsichtlich des Genehmigungsverfahrens festgesetzt. Dabei fällt auf, dass die gesetzlich vorgegebene (Höchst-)Frist für das Genehmigungsverfahren dem Zeitraum entspricht, den das ERegG im Rahmen des Zuweisungsverfahrens von Schienenwegkapazität zwischen der Erstellung des Netzfahrplans durch den Betreiber der Schienenwege und dem Start der Netzfahrplanperiode vorsieht.[370] Demnach kann es passieren, dass ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, welches erst nach Zuweisung einer Trasse das entsprechende Rollmaterial besorgt, die Inbetriebnahmegenehmigung erst nach Start des Netzfahrplanjahrs erhält. Ein solches Szenario könnte beispielsweise eintreten, würde gebrauchtes Rollmaterial im Ausland erworben, das keine Zulassung in Deutschland hat. Im Hinblick auf die Beschaffung von Neumaterial erwähnten Marktteilnehmer gegenüber der Monopolkommission zudem die Problematik, dass Hersteller oft keine Garantie gewähren würden, dass das Rollmaterial auch die deutschen Zulassungsvoraussetzungen erfüllt. Diese Problematik rühre im Besonderen auch daher, dass die Herstellung von Rollmaterial für gewöhnlich individuell oder nur in kleinen Serien erfolge.

225. Wie im vorliegenden Gutachten bereits erläutert, resultieren im SPFV erhebliche Marktrisiken aus der Tatsache, dass bediente Trassen nicht mehr längerfristig abgesichert werden können.[371] Im Hinblick auf den Kauf von Rollmaterial ist es für Eisenbahnverkehrsunternehmen dadurch gegenwärtig unmöglich, zum Zeitpunkt der Kaufentscheidung eine Planungssicherheit hinsichtlich zukünftiger Trassenzugänge zu erlangen. Im Extremfall könnte dies zu einer Situation führen, in der erhebliche Investitionen in Zugmaterial getätigt würden, das dann aufgrund fehlender Trassen nicht eingesetzt werden könnte. Unabhängig von der fehlenden Trassenabsicherung berichten Marktteilnehmer zudem, dass sich große Hersteller aufgrund der Auftragslage außer Stande sähen, konkrete Angaben zu Lieferzeitpunkten zu machen. So seien Verspätungen von mehreren Jahren durchaus üblich. Besonders gravierend würden sich Lieferverzögerungen auf Neuanbieter auswirken, welche die bestellten Fahrzeuge bereits für die verbindliche Bedienung einer Strecke eingeplant

---

[368] Gegenwärtig steht ein begrenztes Angebot für gebrauchtes Rollmaterial einer hohen Nachfrage gegenüber. Als aktuelles Beispiel kann ein Angebot der Westbahn aus Österreich herangezogen werden, die aufgrund einer Flottenerneuerung 17 nur wenige Jahre alte Züge verkaufen möchte. Für dieses Angebot interessieren sich sowohl die Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB), Flixtrain als auch die DB AG, deren Gebot auf eine Höhe von bis zu EUR 300 Mio. geschätzt wird. Vgl. Schlesiger, C., Die vier Kurskorrekturen der deutschen Bahn, WirtschaftsWoche, 28. März 2019.

[369] Beispielsweise scheiterte Flixtrain an der Bedienung der Hochgeschwindigkeitstrasse VDE 8 zwischen München und Berlin, da kein Zugmaterial beschafft werden konnte, welches die Sicherheitsanforderungen im Hinblick auf die auszuhaltenden Druckunterschiede beim Begegnungsverkehr in Tunnels erfüllte. Vgl. Keine Flixtrains München – Berlin, DMM Mobilitätsmanager vom 02. November 2018.

[370] Gemäß § 11 Abs. 2 EIGV hat das EBA einem Antragsteller innerhalb von vier Wochen nach Vorlage der Antragsunterlagen deren Vollständigkeit und Prüffähigkeit zu bestätigen. Anschließend hat das EBA innerhalb von zwölf Wochen über den Antrag zu entscheiden. Damit ergibt sich zwischen Antragstellung und Entscheidungszeitpunkt ein Zeitraum von maximal 16 Wochen. Dies entspricht genau dem Zeitraum, der gemäß Anlage 8 (zu den §§ 50 und 51 Abs. 1) ERegG zwischen Bekanntgabe des Netzfahrplanentwurfs durch den Betreiber der Schienenwege und dem Beginn des Netzfahrplanjahres liegt. Vgl. hierzu auch Tz. 197.

[371] Vgl. Tz. 201. Seit Abschaffung der Rahmenverträge durch die DB Netz AG wird die Schienenwegkapazität jährlich aufs Neue vergeben.

hatten und dadurch bereits versunkene Kosten, beispielsweise für Personal oder Vermarktung, hatten. Da Neuanbieter meist über kleine Fahrzeugbestände verfügen, sind solche Lieferverzögerungen schwer zu kompensieren.

226. Die zuvor genannten Unsicherheiten gepaart mit weiteren Faktoren, wie beispielsweise relativ hohe Trassenkosten oder ein erschwerter Fahrkartenvertrieb, führen im eigenwirtschaftlich zu betreibenden Fernverkehr zu hohen Marktrisiken.[372] Dadurch sind negative Auswirkungen auf die Finanzierungskonditionen bei der Beschaffung von Rollmaterial zu erwarten. Als Beispiel kann auch hier die mangelhafte Absicherung des Trassenzugangs herangezogen werden. Das daraus entstehende Marktrisiko erschwert es insbesondere Neuanbietern, Eigenkapital zu akquirieren oder an günstige Konditionen zur Fremdkapitalaufnahme zu gelangen. Beispielsweise sind potenzielle Wagniskapitalgeber weniger willens, Investitionen in Rollmaterial, welches im Allgemeinen eine hohe Amortisationsdauer hat, zu tätigen, wenn die Verfügbarkeit einer Streckenverbindung lediglich in kurzer Frist und jährlich aufs Neue gewährt wird. Zudem sind auch die Hersteller von Rollmaterial zurückhaltend im Hinblick auf die Gewährung günstiger Finanzierungsmodelle, wie beispielsweise einem Verzicht von Anzahlungen.[373] Im Vergleich zu Neuanbietern kann die DB Fernverkehr AG gegenüber den Herstellern bessere Konditionen durchsetzen. Dabei ist nicht nur die Verhandlungsmacht der DB Fernverkehr AG ausschlaggebend. Auch stellt beispielsweise die Trassenverfügbarkeit aufgrund der Größe ihres bedienten Bestandsnetzes und die daraus resultierenden Netzwerk-Skaleneffekte für die DB Fernverkehr AG ein weniger gewichtiges Problem dar, als dies für Neuanbieter der Fall ist. So wird kein Hersteller von Rollmaterial befürchten müssen, dass ein an die DB Fernverkehr AG gelieferter Zug aufgrund von Trassenanmeldekonflikten nicht zum Einsatz kommt. Auch ist davon auszugehen, dass Neuanbieter im Hinblick auf die durch die Hersteller gewährten Finanzierungskonditionen insbesondere auch dadurch Nachteile gegenüber der DB Fernverkehr AG erfahren, da sich diese in hundertprozentiger Eigentümerschaft des Bundes befindet. Damit kann für die DB Fernverkehr AG ein vergleichsweise geringes Ausfallrisiko angenommen werden, was wiederum zu günstigen Finanzierungskonditionen führt.

227. Die Ermöglichung eines diskriminierungsfreien und effektiven Zugangs zu Rollmaterial, bzw. die Schaffung eines „level playing fields“ bei den Finanzierungsmöglichkeiten, stellt im SPFV eine essenzielle Voraussetzung für die Etablierung von Wettbewerb dar. In Deutschland gibt es mit Flixtrain aktuell einen Wettbewerber der DB Fernverkehr AG, der in den Fahrplan eingebundene Fernverkehrsverbindungen anbietet. Flixtrain besitzt kein eigenes Rollmaterial. Das Geschäftsmodell basiert analog zur Fernbussparte Flixbus darauf, den Betrieb der Strecken von Verkehrsunternehmen, die das entsprechende Rollmaterial besitzen, zu beauftragen.[374] Allerdings sind in diesem Geschäftsmodell die Möglichkeiten zur Expansion begrenzt, da es nur wenige Eisenbahnverkehrsunternehmen gibt, die nicht nur Züge besitzen, sondern auch den Betrieb der Strecken übernehmen.

3.6.2 Leasingmodelle könnten Abhilfe verschaffen

228. Eine Verbesserung der Situation könnte durch die Etablierung von Leasinggesellschaften erreicht werden. Diese würden Eisenbahnverkehrsunternehmen von der Last befreien, eine eigene Fahrzeugflotte finanzieren zu müssen. Die Fahrzeuge würden dann von einer Leasinggesellschaft finanziert, während sich die Eisenbahnverkehrsunternehmen auf Betrieb und Vermarktung konzentrieren könnten. Allerdings sind gegenwärtig auch die Leasingmöglichkeiten für Rollmaterial des SPFV stark eingeschränkt.[375] Dies betrifft jedoch insbesondere die Verfügbarkeit von Reisezugwagen. Triebwa-

---

[372] Dies kann nicht zuletzt auch an den Beispielen der gescheiterten Fernverkehrsanbieter Locomore und Hamburg-Köln-Express (HKX) festgemacht werden.

[373] So äußerten Marktteilnehmer gegenüber der Monopolkommission, dass diese 30 Prozent und mehr über einen Zeitraum von ca. drei Jahren vorfinanzieren müssten. Im Gegensatz dazu konnte es DB Fernverkehr AG bei der Vergabe der Aufträge zur Fertigung der neuen ICE-4 Züge gegenüber dem Hersteller durchsetzen, dass auf eine Vorfinanzierung verzichtet wurde. Erst bei Lieferung wurde eine Zahlung in Höhe von 60 Prozent des Kaufpreises fällig. Vgl. Wacket, M., Neue Züge sollen Bahn-Fernflotte wetterfest machen, Die WELT, 22.04.2011.

[374] Der Betrieb der Verbindung Stuttgart-Berlin erfolgt im Auftrag von Flixtrain durch das Eisenbahnverkehrsunternehmen LEO-Express. Die Verbindung Köln-Hamburg wird wie zuvor auch der Hamburg-Köln-Express (HKX) vom Eisenbahnverkehrsunternehmen BahnTouristikExpress betrieben.

[375] Dies wurde u.a. von Marktteilnehmern gegenüber der Monopolkommission erwähnt.

gen könnten gegebenenfalls auch von Gesellschaften bezogen werden, die sich vornehmlich auf die Finanzierung von Lokomotiven für den SGV konzentriert haben, wo Leasingmodelle bereits etabliert sind.[376]

229. Im Personenverkehr finden Leasingmodelle im Besonderen im SPNV Anwendung.[377] In Bezug auf diese Modelle besteht jedoch das grundlegende Problem, dass die Amortisationsdauer der Fahrzeuge mit in etwa 25 Jahren die übliche Laufzeit von Verkehrsverträgen, die zwischen 7 und 15 Jahren liegt, übersteigt. Daraus entsteht für das Rollmaterial ein Restwertrisiko am Ende der Vertragslaufzeit, welches, gegeben des Leasingmodells, entweder von der Leasinggesellschaft oder dem Eisenbahnverkehrsunternehmen getragen werden muss. Die unklare Weiterverwendung der Fahrzeuge nach Ablauf des Verkehrsvertrags erschwert die Finanzierung von Rollmaterial im SPNV. Aus diesem Grund treten seit geraumer Zeit auch die Aufgabenträger des SPNV über die Bereitstellung öffentlich finanzierter Fahrzeugpools als Alternative zur klassischen Fahrzeugfinanzierung in Erscheinung.[378] Zwar erhöhen die aus öffentlicher Hand finanzierten Fahrzeugpools die von den Eisenbahnverkehrsunternehmen benötigte Sicherheit beim Zugang zu Rollmaterial und ermöglichen es damit auch kleineren Neuanbietern, sich auf größere Aufträge zur Erbringung einer Verkehrsleistung zu bewerben. Jedoch ist zu kritisieren, dass die öffentliche Hand über die Bereitstellung von Fahrzeugpools Leistungen erbringt, von denen angenommen werden könnte, dass sie unter geeigneten Rahmenbedingungen von privatwirtschaftlich agierenden Unternehmen effizienter erbracht würden.

230. Aus selbigen Gründen wäre auch für den SPFV die Bereitstellung öffentlich finanzierter Fahrzeugpools abzulehnen. Darüber hinaus sind nach Ansicht der Monopolkommission die Bedingungen zur Schaffung privatwirtschaftlicher Leasingangebote im aktuellen Marktumfeld günstig. So existiert eine durch jüngste Markteintritte und Expansionspläne von Neuanbietern belegte Nachfrage für geeignetes Rollmaterial. In dieser Hinsicht verspricht auch die aus Umweltaspekten initiierte politische Förderung des Schienenverkehrsmarktes zukünftige Marktwachstumspotenziale. Im Flugverkehrsmarkt haben sich privatwirtschaftliche Leasingangebote seit langem etabliert und bieten insbesondere kleinen Fluggesellschaften die Möglichkeit, im Flugverkehrsmarkt aktiv zu sein, ohne jedoch die Risiken des Aufbaus einer eigenen Flotte eingehen zu müssen.[379] Im Schienenverkehrsmarkt wäre auch nicht auszuschließen, dass Neuanbieter selbst die Initiative ergreifen könnten und beispielsweise in Kooperation mit institutionellen Anlegern eigene Leasinggesellschaften gründen. Die Diskussion über einen diskriminierungsfreien Zugang zu Rollmaterial gewinnt gerade auch im Hinblick auf den Deutschland-Takt an Bedeutung. Würde dessen ordnungspolitische Umsetzung im SPFV mit einer stärkeren Verantwortung des Bundes einhergehen, würde auch der Ruf nach einer aktiveren Rolle des Bundes bei der Fahrzeugfinanzierung lauter. Würde beispielsweise eine zum SPNV analoge Aufgabenträgerschaft für den SPFV auf Bundesebene geschaffen, würden auch hier Fahrzeugpools es kleinen Neuanbietern ermöglichen, Angebote im Rahmen des Deutschland-Takts zu erbringen.[380] Dies sollte jedoch, wenn möglich im Rahmen eines Fahrzeugdienstleistungsmodells erfolgen. Dabei würde der Staat lediglich die Aufgabe eines Mittlers übernehmen und von einer Finanzierungsbeteiligung abse-

---

[376] Diese Triebwagen erfüllen meist die technischen Voraussetzungen, neben dem SGV und dem SPNV auch im InterCity-Fernverkehrsbereich eingesetzt werden zu können. Im SGV befindet sich der Markt für private Leasinggesellschaften im Wachstum. Vgl. beispielsweise Leasing-Spezialist MRCE bestellt 30 Vectron-Lokomotiven, Bahn Manager Magazin vom 14. September 2017 und Stadler liefert zehn weitere Lokomotiven an den European Loc Pool, Bahn Manager Magazin vom 29. Mai 2019.

[377] Zur Darstellung unterschiedlicher Leasingmodelle im SPNV, vgl. Monopolkommission, Sondergutachten 64, a. a. O., Tz. 195.

[378] Vgl. ebenda Tz. 200, ff.: Hinsichtlich der Bereitstellung von Fahrzeugpools kann zwischen verschiedenen Modellen unterschieden werden. Bei einem klassischen Aufgabenträgerpool, beschafft der Aufgabenträger die Fahrzeuge selbst, tritt als Leasinggeber auf und schreibt lediglich den Verkehrsbetrieb aus. Ein Aufgabenträgerpool kann je nach Ausgestaltung mehr oder weniger Verantwortung an die Eisenbahnverkehrsunternehmen übertragen. Eine weitere Möglichkeit bildet das sog. Fahrzeugdienstleistungsmodell, welches vergleichbar mit den in Großbritannien verbreiteten Auftragspools (den sog. ROSCOs) ist. Dabei vergibt ein Aufgabenträger getrennte Aufträge für die Beschaffung und Finanzierung der Fahrzeuge an Fahrzeugdienstleister auf der einen sowie für den Fahrbetrieb an Eisenbahnverkehrsunternehmen auf der anderen Seite. Dabei sollen beide Leistungen privatwirtschaftlich erbracht werden.

[379] Dabei sind die Anteile der geleasten Flugzeuge an den Flotten einzelner Fluggesellschaften höchst unterschiedlich. So befinden sich in der Flotte der Lufthansa lediglich 2,5 Prozent geleaste Flugzeuge, während die Anteile bei Easyjet mit 24,7 Prozent und bei Air France/KLM mit 49,6 Prozent weit darüber liegen; Vgl. airliners.de, Das Kerngeschäft einer Airline ist es nicht, Flugzeuge zu besitzen, Interview mit Anselm Gehling vom 7. Juni 2018.

[380] Zu den ordnungspolitischen Überlegungen der Umsetzung des Deutschland-Takts, vgl. Tz. 212, ff.

hen. Demzufolge würden Aufträge für die Fahrzeugbeschaffung, bzw. -finanzierung, und den Verkehrsbetrieb für die verfügbaren Trassen getrennt ausgeschrieben und an privatwirtschaftliche Unternehmen vergeben.

Kapitel 4

Faires Marktumfeld schaffen

4.1 Wettbewerbshemmnisse bei Tarif- und Vertriebsstrukturen

231. Bei vielen Bahnfahrten nutzen Fahrgäste die Angebote unterschiedlicher Eisenbahnverkehrsunternehmen nacheinander. Oftmals gehen die Strecken dabei über einzelne Verbund- oder auch Landesgrenzen hinaus. Um ihren Kunden durchgehende Fahrscheine anbieten zu können, nutzen die Eisenbahnverkehrsunternehmen Kooperationen bei der Tarifierung. Ebenso kommt es zu Kooperationen hinsichtlich des Vertriebs. Derartige Kooperationen ermöglichen es, dass Fahrkarten eines einheitlichen Tarifs auch über die unterschiedlichen Vertriebskanäle der Verkehrsunternehmen oder von Dritten verkauft werden können. Sowohl bei der Tarifierung als auch beim Vertrieb verfügt die DB AG weiterhin über weitreichende Einflussmöglichkeiten. So nehmen die Vertriebskanäle der DB-Gruppe, und hierbei insbesondere die Online-Angebote „DB Navigator“ und die Internetseite „bahn.de“, aus Kundensicht einen besonders hohen Stellenwert ein. Die sehr starke Position der DB-Gruppe schafft weiterhin Diskriminierungspotenziale. Zwar begrüßt die Monopolkommission die Fortschritte auf den Märkten, welche durch die Verpflichtungszusagen der DB AG in dem Missbrauchsverfahren des Bundeskartellamts erzielt wurden. Allerdings dürfen Wettbewerbsprobleme, welche teils weiterbestehen und teils durch den Online-Vertrieb hinzugekommen sind, nicht außer Acht gelassen werden. Mit besonderem Nachdruck ist das Ansinnen nach einer wettbewerblichen Ausgestaltung der Tarifierung zu bekräftigen.

4.1.1 Entwicklung auf den Vertriebsmärkten weiter verbessert

232. Durch den Beschluss des Bundeskartellamtes im Jahr 2016, aber auch durch neue Entwicklungen hat sich der Markt für Vertriebsdienstleistungen hinsichtlich Bahnfahrten besonders in den letzten Jahren verändert.[381] Das Bundeskartellamt hatte in diesem Verfahren kartellrechtliche Bedenken gegenüber der DB AG zur Geltung gebracht. Diese betrafen die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung bei den Tarif- und daran gekoppelten Vertriebskooperationen sowie die Zugangsgewährung bei dem Vertrieb von Fernverkehrsfahrkarten. Durch Verpflichtungszusagen konnte die DB AG die vorläufigen kartellrechtlichen Bedenken des Bundeskartellamtes ausräumen. Hierfür sagte der Konzern zu, die zuvor praktizierte Kopplung von Tarif- und Vertriebskooperationen aufzugeben. Weiterhin sollte ein Basis-Vertriebskooperationsvertrag mit bundesweit einheitlich geltenden Provisionssätzen für den wechselseitigen Fahrkartenvertrieb im SPNV ausgehandelt werden. Darüber hinaus verpflichtete sich die DB AG dazu, dritten Unternehmen den Verkauf von Fernverkehrstickets der DB-Gruppe über Fahrkartenautomaten zu gestatten. Die Monopolkommission hatte bereits in ihrem Sechsten Sektorgutachten Bahn 2017 die zu erwartenden Effekte auf dem Vertriebsmarkt durch die Verpflichtungszusagen positiv bewertet.[382] Drei Jahre nach dem Beschluss des Bundeskartellamtes und somit der Verfahrenseinstellung sind die Zusagen zu weiten Teilen umgesetzt worden.

233. Ein einheitlicher Basis-Vertriebskooperationsvertrag wurde bereits 2016 unter Hinzuziehung des Tarifverbands der bundeseigenen und nicht-bundeseigenen Eisenbahnen (TBNE) und der Bundesarbeitsgemeinschaft Schienenpersonennahverkehr (BAG SPNV) erarbeitet.[383] Der neue Mustervertrag soll auf alle neu geschlossenen Verträge der DB-Gruppe mit nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen angewendet werden, wobei über den Basisvertrag hinaus in optionalen Dienstleistungsverträgen Vereinbarungen über die Erbringung von Vertriebsleistungen durch die DB-Gruppe getroffen werden können. Die Umstellung auf die Basis-Vertriebskooperation ist nahezu abgeschlossen. Hierdurch konnten zuvor bestehende Ungleichgewichte zwischen den Vertragspartnern bei den alten Kooperationsvereinbarungen, welche beispielsweise durch die unterschiedlichen Provisionssätze zugunsten der DB AG ausfielen, ausgeglichen wer-

---

[381] BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13.

[382] Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O. Tz. 117, ff.

[383] Der Mustervertrag ist über die Internetseiten des TBNE verfügbar, vgl. https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjE5YWOhofgAhVNjqQKHem-BkYQFjAAegQICRAC&url=https%3A%2F%2Fwww.tbne.de%2Ffileadmin%2FPDF_tbne%2FAllg_BefoerdBed%2F2016%2F20160926%2F02_160923_Basis-VK_Anspruch_Beschluss_160919.pdf&usg=AOvVaw2pHW_sqXdSEmXjALE0xF7L , Abruf am 25. Juni 2019.

den. Der wechselseitige Fahrkartenverkauf ist gemäß den Verpflichtungszusagen in der Basis-Vertriebskooperation beschränkt auf den Vertrieb von Fahrkarten für den Binnenraum der Vertriebskooperation und auf die aus der Kooperation ausbrechenden Verkehre im SPNV. Somit können die DB-Gruppe und das jeweilige nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen alle Fahrkarten verkaufen, bei denen die Reise innerhalb des Gebietes der Kooperation beginnt und gegebenenfalls aus diesem herausführt (mit Tickets für Hin- und Rückreise).[384] Um die wettbewerbsbehindernde Praxis der DB-Gruppe bzw. DB Vertrieb GmbH zu verhindern, war diese zusätzliche und wechselseitige Vertriebsmöglichkeit von dem Bundeskartellamt als notwendig, aber auch ausreichend gesehen worden.[385] Innerhalb des TBNE verständigten sich die beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen darüber hinaus darauf, sich zusätzliche wechselseitige Vertriebsmöglichkeiten einzuräumen. So ist es seit Mai 2019 allen miteinander kooperierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPNV möglich, neben Fahrscheinen für den sie betreffenden ausbrechenden Verkehr auch alle weiteren Fahrkarten für den Nahverkehr zu verkaufen, welche entsprechend der sogenannten Produktklasse C des Tarifsystems der DB-Gruppe (C-Tarif) bepreist werden.[386]

234. Allerdings ändert sich die Tariflandschaft im SPNV dahingehend, dass der bislang dominante C-Tarif der DB-Gruppe an Bedeutung verliert. Diese Entwicklung ist dadurch bedingt, dass Verkehrsverbünde Tarifregularien für Fahrten in den jeweiligen Verbünden vorschreiben und die Bundesländer zunehmend eigene Tarifsysteme unter Berücksichtigung der Verbundtarife erarbeiten. So wurde beispielsweise im Dezember 2018 der „bwtarif“ in Baden-Württemberg eingeführt, welcher für verbundübergreifende Fahrten in Nahverkehrszügen, S-Bahnen, Stadtbahnen und Bussen in dem gesamten Bundesland gilt.[387] Weitere Bundesland-spezifische Tarifsysteme gibt es in Niedersachsen und Nordrhein-Westfalen.[388] Solche verbundübergreifenden und innerhalb eines entsprechenden Bundeslandes gültigen Tickets werden in den meisten Fällen unter Einbezug der Eisenbahnverkehrsunternehmen konzipiert und ersetzen zunehmend den C-Tarif der DB-Gruppe. Es bleibt festzuhalten, dass eine steigende Anzahl neuer Tarifkooperationen zu einer Abnahme der Verwendung des C-Tarifs geführt hat. Die zusätzlichen Ländertarife machen jedoch weitere Vorgaben hinsichtlich der Preisgestaltung der Eisenbahnverkehrsunternehmen und tragen insoweit zu keiner wettbewerblichen Ausgestaltung der Tarifierung im SPNV bei. Ursächlich hierfür ist, dass in den neuen Tarifsystemen den Eisenbahnverkehrsunternehmen auch weiterhin nahezu kein Spielraum zur eigenen Preisgestaltung eingeräumt wird.

235. Viele Eisenbahnverkehrsunternehmen erachten die durch die Verpflichtungszusagen vorgeschriebenen Provisionssätze in Höhe von 8,5 Prozent für die Basis-Vertriebskooperation als zu hoch. Die Provisionshöhen waren in dem Beschluss des Bundeskartellamts zunächst entsprechend den Vorschlägen und Kalkulationen der DB AG festgelegt worden. Es wurde gleichzeitig eine Anpassung dieser Werte in einem dreijährigen Turnus vereinbart, wobei die Kosten der DB AG hinsichtlich des Vertriebs als Grundlage der Kalkulation dienen sollen und sich der Forstschreibungspfad der Provisionssätze an eventuellen Änderungen der Kostenbasis zu richten hat. Da für die Berechnung ausschließlich die Kosten der DB AG berücksichtigt werden, können Fehlanreize hinsichtlich einer effizienzorientierten Vertriebsleistung entstehen. So kann unterstellt werden, dass die DB-Gruppe ein geringeres Interesse daran hat, ihre Vertriebskosten zu senken, da mögliche Vertriebskostensteigerungen über Einnahmen aus den Provisionssätzen ausgeglichen werden können. Davon kann trotz einer wechselseitigen Anrechnung der Provisionssätze ausgegangen werden, da weiterhin mehr Eisenbahnverkehrsunternehmen die Vertriebsleistungen der DB Vertrieb GmbH nutzen als umgekehrt.[389] Ungeachtet dessen scheint die Höhe der Provisionssätze mit 8,5 Prozent ein relativ hohes Niveau der Vertriebskosten aufzugreifen. Damit Anreize für eine effizienzorientierte Vertriebsleistung gesetzt werden, sollten die Provisionssätze auf Basis der gesamten

---

[384] Vgl. hierzu § 6 des Mustervertrags der Basis-Vertriebskooperation.

[385] Vgl. BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13, Rz. 45 und 53.

[386] Der entsprechende Beschluss wurde durch den TBNE am 14. November 2018 verabschiedet und trat, nach Schaffung aller technischen Voraussetzungen, im Mai 2019 in Kraft.

[387] Siehe https://www.bwegt.de/ihr-nahverkehr/bwtarif/, Abruf am 25. Juni 2019.

[388] In Niedersachsen gilt der Niedersachsentarif, vgl. https://www.niedersachsentarif.de/ueber-uns/aufgaben. In Nordrhein-Westfalen wurde der NRW-Tarif eingeführt, vgl. https://busse-und-bahnen.nrw.de/tickets-tarife/tickets-im-nrw-tarif/, Abruf am 25. Juni 2019.

[389] Exemplarisch für den Vertrieb von Fahrscheinen der DB AG über ein nicht-bundeseigenes Eisenbahnverkehrsunternehmen sind Verbindungen im Verkehrsverbund Rhein-Ruhr (VRR).

Vertriebskosten innerhalb der Verkehrsdienste des SPNV kalkuliert werden. Bei der noch in diesem Jahr anstehenden Überprüfung der Provisionssätze sollte daher zumindest ein Kostenabgleich mit den nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen erfolgen, dem bei der Bestimmung des Fortschreibungspfades der Provisionssätze Rechnung getragen werden sollte.

236. Schwierig gestaltet sich im Zusammenhang mit den Verpflichtungszusagen weiterhin der Vertrieb von Fernverkehrsfahrscheinen der DB-Gruppe über nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen. Probleme entstehen an der Schnittstelle zwischen der DB Vertrieb GmbH und den Fahrausweisautomaten der SPNV-Wettbewerber. Diese resultieren aus Hindernissen bei der technischen Kompatibilität der Systeme, können sich jedoch auch durch Lizenz- und Anschlussgebühren durch die DB-Gruppe ergeben. Derzeit gibt es nur einen Anbieter im SPNV neben der DB-Gruppe, an dessen Fahrkartenautomaten der Kauf von Fernverkehrsfahrscheinen möglich ist. Verlautbarungen zufolge sind die vorgegebenen Provisionssätze nicht auskömmlich, um die mit dem Vertrieb anfallenden Kosten decken zu können. Die Provisionssätze sind entsprechend der Verpflichtungszusagen standortscharf pro Haltepunkt kalkuliert und richten sich nach den von der DB-Gruppe vorher erzielten Gesamteinnahmen an dem jeweiligen Standort. Abhängig von der Einnahmenhöhe gibt es drei Kategorien bei den Provisionssätzen, für die eine Bemessung zwischen einem bis drei Prozent festgesetzt wurde.[390] Aus Sicht der Monopolkommission ist eine Überprüfung der Provisionshöhen für den Vertrieb von Fernverkehrsfahrscheinen in Erwägung zu ziehen. Diese könnte verbunden mit der Überprüfung der Provisionshöhen im Nahverkehr, welche alle drei Jahre durchgeführt werden soll, beim Bundeskartellamt erfolgen. Es sollte dabei sichergestellt werden, dass der Vertrieb von Fernverkehrsfahrscheinen der DB-Gruppe über die Fahrkartenautomaten der Wettbewerber im SPNV für diese auch auskömmlich durchzuführen ist.

4.1.2 Wettbewerbsbehinderungen im Online-Vertrieb

4.1.2.1 Marktentwicklung

237. Die voranschreitende Digitalisierung ermöglicht den Eisenbahnverkehrsunternehmen die Nutzung neuer Vertriebswege. So werden Tickets auf eigenen Internetseiten angeboten, über unternehmenseigene Apps verkauft oder auch über Vertriebsplattformen Dritter bereitgestellt, welche nur den Vertrieb, nicht aber eigene Verkehrsleistungen erstellen. Dabei ermöglichen Online-Vertriebskanäle neben der Darstellung von Verbindungen, Preisen und dem Verkauf auch die Ankündigung aktueller Informationen zu den jeweiligen Verbindungen bzw. Zügen. Die Angebote bringen Fahrgästen, wie aber auch den Eisenbahnverkehrsunternehmen zusätzliche Vorteile. Gerade hinsichtlich Vertriebskooperationen ergeben sich bei den Online-Angeboten und der Bereitstellung von Verkehrsinformationen jedoch Wettbewerbsprobleme, welche sich teils ausschließlich auf den Vertriebsmarkt, teils jedoch auch auf die Leistungen im Schienennetz ausweiten können.

238. Im Zuge des technischen Fortschritts beim Online-Vertrieb hat sich insbesondere geändert, mit welcher Geschwindigkeit, in welchem Umfang sowie zu welchen Zeiten Fahrgäste über Verbindungen informiert und Fahrscheine erworben werden können. So können beispielsweise per Smartphone-App Verbindungen gesucht, gebucht und als Ticket abgespeichert werden. Eine jederzeit mögliche Auskunft, ob Züge in der Verbindung Verspätungen aufweisen, wird von den Online-Kunden inzwischen als Selbstverständlichkeit aufgefasst. Aus Sicht der Fahrgäste wird zudem ein möglichst durchgehendes Ticket gewünscht. Für ein solches Angebot ist eine weitreichende Zusammenarbeit der Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV, SPNV und ÖPNV hinsichtlich des Vertriebs wie auch der Online-Darstellung ihrer Verkehrsangebote notwendig.[391] Hinsichtlich einer verbesserten Tür-zu-Tür-Mobilität existieren bereits Angebote, die den Kunden Informationen zu Fahrrad-/oder Autoverleih-Stationen für die letzten Kilometer der gewünschten Verbindung bereitstellen.

239. Aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen ergeben sich aus den Online-Vertriebs- sowie Informationsdiensten vor allem Vorteile. Hierzu zählt insbesondere die mit dem Online-Vertrieb verbundene Kostenreduktion. Im Vergleich

---

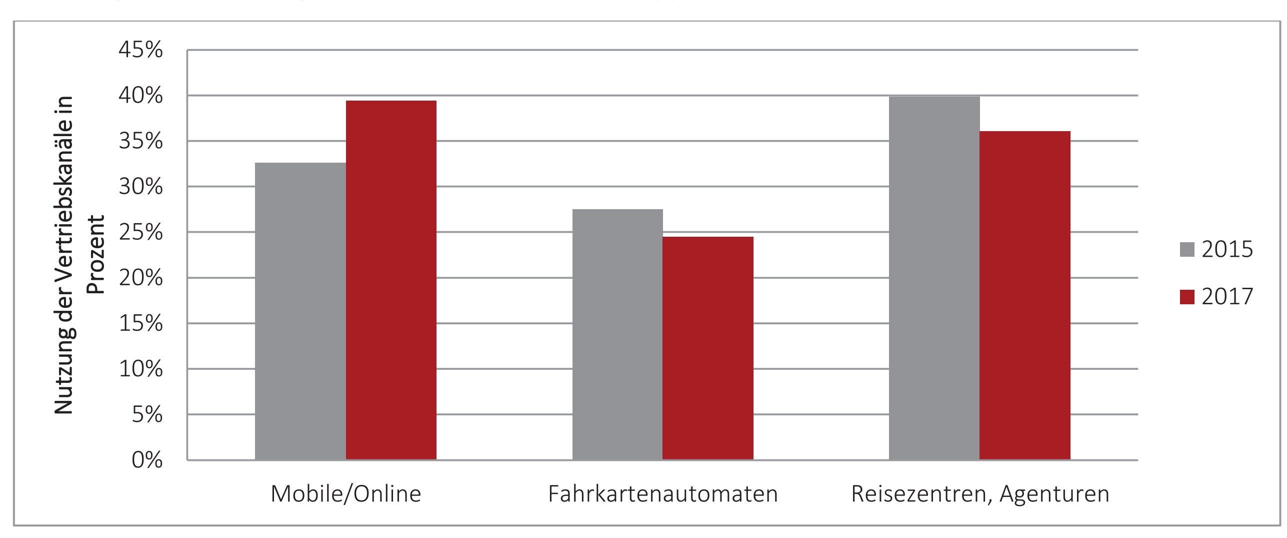
[390] BKartA, ebenda, S. 27.

[391] Beispielsweise können mit der DB Navigator App Carsharing-Angebote über Flinkster und Mietfahrräder über Call-a-bike gebucht werden, vgl. https://www.bahn.de/p/view/urlaub/mietwagen/db-rent.shtml, Abruf am 11. Juni 2019.

zum personenbedienten Vertrieb oder dem Vertrieb über Fahrkartenautomaten, welche regelmäßig gewartet werden müssen, entstehen durch den Online-Vertrieb wesentlich geringere laufende Kosten. Ein weiterer positiver Aspekt des Online-Vertriebs besteht darin, dass ohne großen Aufwand Daten gewonnen werden, die eine exaktere Aufteilung gemeinschaftlicher Einnahmen innerhalb von Vertriebskooperationen ermöglichen. Aus Sicht insbesondere auch der Fernverkehrsunternehmen ergeben sich zudem Vorteile hinsichtlich der Verkehrsplanung und gegebenenfalls auch neuer Angebote. Das Nachfrageverhalten kann durch Internetverkäufe wie auch Verbindungsanfragen besser beobachtet werden. Problematisch wird hingegen der neu hinzukommende Bereich der „Graufahrer“ gesehen. Neben dem ganz eindeutigen Schwarzfahren ergibt sich die Möglichkeit, dass Fahrgäste die Verkehrsleistung wahrnehmen und im Fall einer Fahrausweiskontrolle in der letzten Minute noch das Ticket erwerben. Diese Problematik kann allerdings technisch gelöst werden, indem Buchungen ausschließlich vor Abfahrt des Zuges ermöglicht werden.

240. Der Verkauf von Online-Fahrscheinen sowie die Akzeptanz digitaler Angebote haben in den letzten Jahren stark zugenommen. Während 2015 noch rund 27,5 Prozent aller Einnahmen aus dem Vertrieb der DB-Gruppe über Fahrkartenautomaten erzielt wurde, sank der Anteil im Jahr 2017 auf 24,5 Prozent. Die Einnahmen aus dem Online-Vertrieb stiegen hingegen von 32,6 Prozent im Jahr 2015 auf 39,4 Prozent in 2017.[392] Weitere Einnahmen aus dem Vertrieb stammen aus dem Fahrkartenverkauf über Reisezentren und Agenturen, welche analog zum Automatenverkauf rückläufig sind, vgl. Abbildung 4.1. Für das Jahr 2020 wird mit einem noch stärkeren Wachstum der Online-Fahrscheinverkäufe gerechnet.[393]

Abbildung 4.1: Entwicklung der Vertriebskanäle der DB-Gruppe



Quelle: DB AG.

241. Geprägt wurde der Online-Vertrieb weitestgehend durch die ersten und sich stetig weiterentwickelnden Angebote der DB-Gruppe. Das Fahrscheinangebot auf „bahn.de“ und über die App DB Navigator stellt durch die vielen Vertriebskooperationen der DB-Gruppe mit den nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen ein sehr umfassendes, wenngleich kein vollständiges Abbild der im Bundesgebiet angebotenen Schienenpersonenverkehrsleistungen dar. Die Internetseite „bahn.de“ wird von den meisten Fahrgästen bislang als *die* umfassende Vertriebsplattform im Schienenpersonenverkehr wahrgenommen und nicht als eine Vertriebs-Internetseite neben anderen. Der Name „bahn.de“ sug-

[392] Die Deutsche Bahn AG gibt an, im Jahr 2017 ca. 15 Millionen Handy-Tickets über die DB-Navigator App verkauft zu haben und dass ca. 38 Mio. Buchungen über die Internetseite „bahn.de“ vorgenommen wurden. Vgl. https://inside.bahn.de/jahresrueckblick-dbnavigator-2017/ und https://www.db-vertrieb.com/db_vertrieb/view/wir/firmenprofil.shtml, sowie https://www.tagesspiegel.de/wirtschaft/konzern-setzt-ganz-auf-digitale-fahrkarten-bahn-will-fernticket-verkauf-an-automaten-weiter-reduzieren/23795940.html, Abruf am 11. Juni 2019.

[393] Die Bahn gab über das Handelsblatt an, dass sie mit einem Verkauf von ca. 50 % aller Fahrscheine über Online-Vertriebswege im Jahr 2020 rechne, vgl. Statista, https://de.statista.com/statistik/daten/studie/299815/umfrage/vertriebswege-der-db-ag/, Abruf am 11. Juni 2019.

geriert zudem, dass über den Internetauftritt alle verfügbaren Verbindungen abgerufen und möglichst auch gekauft werden können. Ein Wechsel auf die Internetseite eines weiteren Unternehmens erscheint dabei oftmals nicht notwendig, was auch durch entsprechende Traffic-Berichte zu der Nutzung von „bahn.de“ hervorgeht, vgl. Abb. 4.2.

Abbildung 4.2: Traffic der in Deutschland meist genutzten Internet-Vertriebsplattformen im Dezember 2018

Traffic in Millionen Besuchen
35
34
33
5
4
3
2
1
0
bahn.de
flixtrain.de
nightjet.com
trainline.de
fromatob.de
flixbus.de

Quelle: similarweb.com.

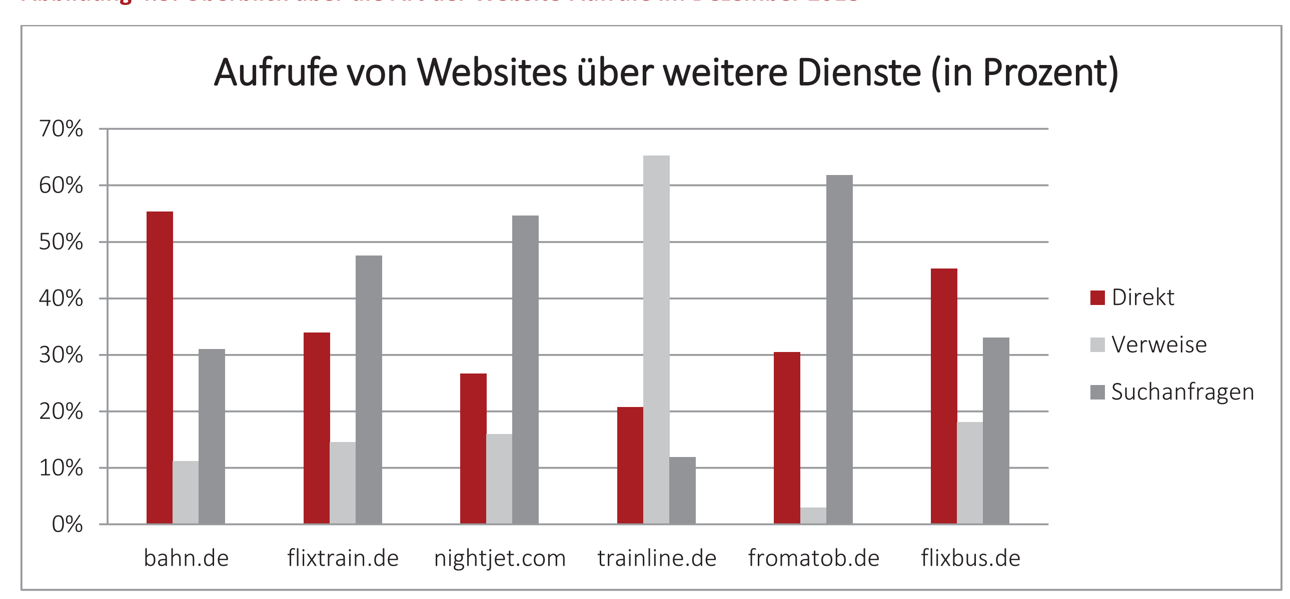
242. Neben den Angeboten der DB Vertrieb GmbH mit „bahn.de“ und der App DB Navigator gibt es inzwischen Vertriebsangebote der Wettbewerbsbahnen im SPNV, des Fernverkehrswettbewerbers FlixMobility sowie zahlreiche App-Angebote der Verkehrsverbünde, wie bspw. die RMV-App. Nicht-bundeseigene Eisenbahnverkehrsunternehmen haben daher durchaus die Möglichkeit, ein eigenes Online-Vertriebsangebot zu erstellen. Diese Angebote sind allerdings erst in den letzten Jahren hinzugekommen, so dass das Angebot der DB-Gruppe weiterhin breite Akzeptanz bei den Fahrgästen findet. Aus Sicht der nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen gestaltet sich der Aufbau einer eigenen Online-Vertriebsplattform auch als schwierig, da ein gleichwertig bzw. ähnlich umfassendes Angebot zur DB-Gruppe derzeit kaum realisierbar scheint. Außerdem kommt hinzu, dass die DB-Gruppe sich lange Zeit sperrte, ihre eigenen Fahrscheine von anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen vertreiben zu lassen, während sie ihr eigenes Vertriebsangebot um weitere Verbindungen von Wettbewerbern ergänzt hat. Gerade für den Aufbau eines eigenen Online-Vertriebsweges erscheint die fehlende Möglichkeit, Fernverkehrstickets der DB-Gruppe anbieten zu können, als besonders nachteilig. Von nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen wird daher kritisiert, dass die DB-Gruppe den Verkauf ihrer Fernverkehrsfahrkarten nicht umfassend und diskriminierungsfrei allen Unternehmen im Online-Vertrieb ermöglicht.[394]

---

[394] Vgl. hierzu beispielsweise mofair e.V., https://mofair.de/presse/themen-in-den-medien/fairer-vertrieb-mehr-fahrgaeste/ und transdev, Pressemitteilung vom 24.04.2018.

243. Die beschriebene Situation spiegelt sich in der Nutzung der Website der DB-Gruppe und konkurrierender Internetangebote. So wurde die Internetseite „bahn.de" im Dezember 2018 beispielsweise über 34 Millionen mal aufgerufen. Andere Internetseiten mit Online-Kaufmöglichkeit von Fahrscheinen wurden im Vergleich dazu eher selten verwendet, vgl. Abbildung 4.2. Auch die Art des Aufrufes der Seite „bahn.de" lässt darauf schließen, dass Kunden das Angebot weitgehend kennen und gebrauchen. So erfolgen die meisten Aufrufe der Internetseite per Direktaufruf oder über die Suche nach Begriffen, wie „bahn" oder auch „Reiseauskunft", vgl. Abbildung 4.3.

Abbildung 4.3: Überblick über die Art der Website-Aufrufe im Dezember 2018



Quelle: similarweb.com.

244. Die DB-Gruppe hat insbesondere in den letzten zwei Jahren im Übrigen Kooperationen mit vielen Verkehrsverbünden abgeschlossen, die den Kunden der DB-Gruppe auch online den Erwerb möglichst durchgehender Fahrkarten ermöglichen. Im Jahr 2017 bestanden bereits mit elf Verkehrsverbünden Vertriebskooperationen, für welche allein 2017 bereits 1,3 Millionen Tickets nur über den DB Navigator verkauft wurden.[395] Im Jahr 2018 kamen weitere Kooperationen hinzu, sodass das Angebot aktuell 27 Verkehrsverbünde umfasst.[396] Hierdurch wird die beherrschende Position der DB-Gruppe im Online-, bzw. Internetvertrieb noch verstärkt.

245. Die Vertriebsmöglichkeit sowie die Darstellung von Verbindungen im Internet haben auch einen starken Einfluss auf die Wettbewerbsfähigkeit neuer Anbieter im Schienenpersonenverkehrsmarkt. Die Auffindbarkeit der Angebote im Internet ist aus wettbewerblicher Perspektive ein entscheidender Erfolgsfaktor. Fehlende Möglichkeiten zum Vertrieb sowie eine unzureichende Darstellung auf etablierten Plattformen können daher eine entscheidende Marktbarriere darstellen. Gerade im Hinblick auf die steigende Bedeutung des Online-Vertriebs und einen steigenden Marktanteil der DB-Gruppe als Plattformbetreiber gewinnen Diskriminierungspotenziale auf Online-Diensten an Relevanz. Berücksichtigt man ausschließlich den Fernverkehr, so werden bereits aktuell rund 70 Prozent aller Tickets online verkauft.[397]

246. Derzeit bilden sich allerdings gerade durch die Entwicklung technischer Schnittstellen neue Möglichkeiten, welche alle Eisenbahnverkehrsunternehmen im öffentlichen Personenverkehr (ÖPV) betreffen. Beispielsweise sollen über die Initiative Mobility Inside, welche neben weiteren Verkehrsunternehmen auch von der DB AG initiiert wurde, die Auskunft sowie der Vertrieb von Verkehrsleistungen möglichst aller Unternehmen im ÖPV und über die unterschiedlichen

---

395 Deutsche Bahn AG, https://inside.bahn.de/jahresrueckblick-dbnavigator-2017/, Abruf am 11. Juni 2019.

396 Deutsche Bahn AG, https://www.bahn.de/p/view/angebot/verbuende/index.shtml, Abruf am 11. Juli 2019.

397 Wüpper, T., Bahn will Fernticket-Verkauf an Automaten weiter reduzieren, Der Tagesspiegel, 24.12.2018.

Tarifsysteme hinweg ermöglicht werden.[398] Seit November 2018 können über die technische Anbindung Fernverkehrsfahrscheine der DB Fernverkehr AG über die App des Rhein-Main-Verkehrsverbundes (RMV), bezogen werden.[399] Über die Schnittstelle sollen langfristig unterschiedliche Informationen diskriminierungsfrei bereitgestellt sowie für die Beteiligten abrufbar sein. Hierzu zählen die Auskunft über den Sollfahrplan, - soweit vorhanden - Informationen über den Ist-Fahrplan, die Tarife über eine standardisierte Tarifauskunft und der Buchungsvorgang selbst.[400] Mittels dieses Angebots könnten Eisenbahnverkehrsunternehmen sämtliche Angebote des ÖPV über eine eigene Vertriebsplattform anbieten, wodurch ein entsprechender Plattformwettbewerb der Vertriebsangebote der DB AG, der nicht-bundeseigenen Eisenbahnen und gegebenenfalls weiterer Anbieter initiiert werden könnte. Es bleibt daher abzuwarten, ob sich in den kommenden Jahren der Wettbewerbsdruck auf die Online-Vertriebsangebote der DB AG erhöhen wird.

4.1.2.2 Gefahren wettbewerbswidrigen Verhaltens

247. Der Wettbewerb, der sich durch den Markteintritt von anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen und das Aufkommen alternativer Vertriebswege ergeben hat, ist wettbewerbsrechtlich geschützt. Im vorliegenden Kontext stellt sich in dreierlei Hinsicht die Frage, ob die DB-Gruppe durch Maßnahmen zum Schutz ihrer angestammten Marktposition den Wettbewerb unzulässig beeinträchtigt:

- Erstens ist fraglich, ob andere Eisenbahnverkehrsunternehmen verlangen können, dass ihre Angebote abweichend von der gegenwärtigen Praxis sichtbar und diskriminierungsfrei auf den Online-Portalen der DB-Gruppe dargestellt werden.
- Zweitens ist fraglich, ob die DB-Gruppe den Betreibern von Informations- und Vertriebsplattformen, die mit dem Portal „bahn.de“ oder dem DB Navigator konkurrieren, Zugriff auf Daten zum Aufbau eines vergleichbaren Angebots einräumen muss.
- Drittens ist fraglich, ob die DB-Gruppe bei der Ausgestaltung von Kooperationen mit den Betreibern konkurrierender Informations- und Vertriebsplattformen wettbewerbswidrig handelt.

248. In der öffentlichen Diskussion um die Online-Vertriebsdienste der DB-Gruppe und insbesondere das Portal „bahn.de“ wurde aufgebracht, dass es sich um eine wesentliche Einrichtung („essential facility“) für den Vertrieb von Bahnfahrkarten handle, deren Ausgliederung aus der DB-Gruppe zu befürworten sei.[401] Im Fall einer wesentlichen Einrichtung wäre die DB-Gruppe zudem nach Art. 102 AEUV und § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB verpflichtet, anderen Eisenbahnverkehrsunternehmen Zugang zu dem Portal zu geben.[402] Zwar würde ein solcher Zugang oder sogar die Schaffung einer neutralen und regulierten Plattform die Ausschlussproblematik für Wettbewerbsbahnen vermindern, jedoch würden damit auch die Möglichkeit eines Plattform-Wettbewerbs und die damit einhergehenden Entwicklungsmöglichkeiten der Angebote eingeschränkt. So verfügt beispielsweise Flixtrain über eine eigene Vertriebsplattform, die von Synergieeffekten und einer Vertaktung mit dem bereits bestehenden Angebot von Flixbus im Fernbusmarkt profitieren dürfte. Auch mit Blick auf voranschreitende technische Möglichkeiten kann von einer Etablierung umfangreicher Vertriebsprodukte neben den Angeboten der DB-Gruppe ausgegangen werden.[403] Langfristig betrachtet sollten die Online-Vertriebsdienste

---

[398] Zu den Initiatoren zählen die Verkehrsunternehmen MVG, SSB, AVG, RNV, BOGESTRA, DSW21, LVB, die DB AG sowie der Verkehrsverbund RMV. Die Initiative befindet sich derzeit noch in der Gründungsphase, wodurch noch nicht alle über die Webservice-Schnittstelle möglichen Funktionen sowie Konditionen aktuell feststehen.

[399] Schlesiger, C., Das Handyticket für den Nahverkehr kommt endlich, WirtschaftsWoche, 13. November 2018. Darauf hinzuweisen ist zudem, dass der Vertrieb für den RMV separat von den Nahverkehrsleistungen durch den Aufgabenträger ausgeschrieben worden war, wobei Transdev den Zuschlag für den Vertrieb, DB Regio AG hauptsächlich für die Verkehrsleistungen erhielt.

[400] Die Fahrplanauskünfte können durch die Einbindung von DELFI, einer Kooperation der Bundesländer zur Integration der regionalen Fahrplanauskünfte in einem bundesweiten System, eingepflegt und weitergeleitet werden. Da ein standardisiertes Tarifauskunftssystem noch nicht besteht, sind diesbezüglich noch Schritte vorzunehmen.

[401] Vgl. hierzu beispielsweise Fockenbrock, D., Der helle Bahnsinn, Handelsblatt, 18.01.2018.

[402] Vgl. EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241/91 P und C-242/91 P – RTE und ITP (Magill), ECR 1995, I-743, ECLI:EU:C:1995:98; Urteil vom 29. April 2004, C-418/01 – IMS Health, Slg. 2004, I-5039, ECLI:EU:C:2004:257.

[403] Siehe Tz. 246.

der DB-Gruppe daher nicht unabdingbar sein, um Kunden zu erreichen. So können unter Einsatz wirtschaftlich zumutbarer Mittel alternative Angebote geschaffen werden, die zu einer Beschränkung der Marktmacht der DB-Gruppe im Online-Vertrieb führen. Deshalb sollten die Online-Vertriebsdienste der DB-Gruppe derzeit nicht als wesentliche Einrichtung für andere Eisenbahnverkehrsunternehmen anzusehen sein. Demgemäß sollte auch von einer Ausgliederung des Online-Vertriebs aus dem DB-Konzern zugunsten einer wettbewerblichen Entwicklung des Marktes aktuell abgesehen werden.

249. Einen ähnlichen Standpunkt wie hier vertrat vor einiger Zeit die schwedische Kartellbehörde in einem Verfahren zum Online-Vertrieb der schwedischen Eisenbahnverkehrsunternehmen. Die Wettbewerbsbahn MTR Express hatte Beschwerde gegen die schwedische Staatsbahn SJ eingereicht, weil ihre Fahrscheine nicht über die Online-Vertriebsplattform des marktmächtigen Konzerns vertrieben wurden. Die schwedische Kartellbehörde wies die Beschwerde im Mai 2014 zurück. Als Begründung nannte sie, dass der Wettbewerber in der Lage sei, sein eigenes Online-Angebot aufzubauen und seine Tickets über diese zu verkaufen.[404] Damit blieb der SJ weiterhin gestattet, über den Zugang zu ihrer Vertriebsplattform selbst zu entscheiden.[405]

250. Allerdings ist die DB-Gruppe unabhängig von der Frage einer wesentlichen Einrichtung im Online-Vertrieb von Fahrkarten marktbeherrschend und darf diese Stellung nach Art. 102 lit. c AEUV nicht durch eine Diskriminierung von Wettbewerbsbahnen missbrauchen. Dem steht nicht entgegen, dass die DB-Gruppe auch selbst als Eisenbahnverkehrsunternehmen tätig ist. Denn anders als möglicherweise das deutsche Verbot des Marktmachtmissbrauchs verbietet der parallel zu prüfende unionsrechtliche Art. 102 lit. c AEUV staatlichen Unternehmen eine Bevorzugung konzernzugehöriger Töchter gegenüber konzernfremden Unternehmen.[406]

251. Die DB-Gruppe darf zudem als Infrastrukturbetreiber nach Regulierungsrecht vorhandene Fahrgastinformationen nicht auf Züge einzelner Eisenbahnverkehrsunternehmen beschränken (§ 12a Abs. 3 AEG). Außerdem treffen die DB-Gruppe als Eisenbahnverkehrsunternehmen nach § 12a Abs. 2 AEG Informationspflichten, die unabhängig von einer marktbeherrschenden Stellung zu erfüllen sind. Insofern hat die DB-Gruppe - ebenso wie auch ihre Wettbewerber - in ihren Fahrplaninformationsmedien über Anschlussverbindungen aller Anbieter diskriminierungsfrei zu informieren. Auch wenn die DB-Gruppe nicht verpflichtet sein dürfte, Wettbewerbsbahnen den Verkauf über ihre Online-Vertriebsdienste zu gestatten, ist sie somit zumindest verpflichtet, deren Angebot zu Informationszwecken diskriminierungsfrei darzustellen.

252. Im Online-Angebot der DB-Gruppe werden Fahrgäste schon heute zu einem großen Teil auf die Angebote der Wettbewerber im Fernverkehr hingewiesen. Dabei dürfte der DB-Gruppe grundsätzlich ein gewisser Spielraum zuzugestehen sein, als Grundeinstellung entweder die schnellste oder die preisgünstigste Verbindung anzuzeigen. Ist die Ausgestaltung der Verbindungen jedoch derart gewählt, dass die Angebote anderer Eisenbahnverkehrsunternehmen im Vergleich zu denjenigen des Betreibers des Vertriebsangebots systematisch weniger attraktiv dargestellt werden, können daraus wettbewerbliche Bedenken folgen. Dem Wettbewerber entgeht so potenzielle Kundschaft, wodurch Verkaufszahlen und die Nutzung bzw. Auslastung der Züge leiden können.[407] Dass der Online-Vertrieb der DB-Gruppe das Potenzial zur Diskriminierung birgt, zeigt der Vertrieb der Fahrkarten von Fernverkehrswettbewerbern. Durch die vorab definierte Listung über die Online-Plattformen der DB-Gruppe, bei welcher schnelle Verbindungen zuvorderst abgebil-

---

[404] Für eine Zusammenfassung vgl. Vigren, A., Competition in Swedish Passenger Railway: Entry in an open access market, CTS Working Paper 2016:18.

[405] Im Frühjahr 2018 meldete MTR der schwedischen Kartellbehörde weitere potenzielle Wettbewerbsbeschränkungen im Zusammenhang mit der Fahrplaninformation über die Plattform von SJ. Vgl. Brooks, N., ALLRAIL member MTR reports Swedish rail incumbent SJ to the Swedish Competition Authority, Press Release ALLRAIL, 13. April 2018.

[406] EuGH, Urteil vom 17. Juli 1997, C-242/95 – GT-Link/De Danske Statsbaner, Slg. 1997, I-4449, ECLI:EU:C:1997:376, Rz. 41 f.; EuG, Urteil vom 21. Oktober 1997, T-229/94 – Deutsche Bahn, Slg. 1997, II-1689, ECLI:EU:T:1997:155, Rz. 93 (Rechtsmittel als unzulässig verworfen).

[407] Vgl. hierzu auch die Argumentation von ALLRAIL. Brooks, N., ALLRAIL member MTR reports Swedish rail incumbent SJ to the Swedish Competition Authority, Press Release ALLRAIL, 13. April 2018.

det werden, werden die Verbindungen von Flixtrain typischerweise nachgeordnet dargestellt. Derzeit ist hierzu eine Klage beim Landgericht Hamburg anhängig.[408]

253. Eine Diskriminierung im Online-Vertrieb ist besonders problematisch, soweit über die Online-Vertriebsplattformen Dienstleistungen diskriminierend bereitgestellt werden. Denn der Ausschluss von einer Online-Plattform mit starken Netzwerkeffekten kann zur Folge haben, dass sich die Hürden für das ausgeschlossene Unternehmen zum Verbleib im Markt spürbar erhöhen.[409] Die Internetseite „bahn.de“ wie auch der DB Navigator sind zugleich Fahrplaninformationsmedium und Vertriebsplattform, sodass bei der Ansicht von Verbindungen Informationen und die gegebenenfalls gewünschte Kaufoption gemeinsam dargestellt werden. Daher scheint für Anbieter von Fernverkehrsleistungen, die als Anschlussverbindungen an die DB Fernverkehr AG oder DB Regio AG genutzt werden können, eine Anzeigeeinstellung auf „bahn.de“ bzw. DB Navigator, durch welche die von ihnen angebotenen Verbindungen im Regelfall kaum sichtbar sind, besonders nachteilig.

254. In dem Beschluss des Bundeskartellamtes aus dem Jahr 2016 war der Online-Vertrieb zwar als Bestandteil des relevanten Marktes berücksichtigt worden, der DB-Gruppe waren aber keine spezifischen, nur den Online-Vertrieb betreffenden Verpflichtungszusagen abverlangt worden.[410] Gründe, warum keine gesonderten Regelungen für die Online-Vermarktung zur Beseitigung der wettbewerbsrechtlichen Bedenken gegenüber der DB-Gruppe als notwendig erachtet wurden, dürften die im Jahr 2016 noch nicht so ausgeprägte Bedeutung dieser Vertriebsform und das fehlende Interesse der Wettbewerber an eigenen Online-Vertriebsdiensten gewesen sein.[411] Das Fehlen von Auflagen für den Online-Vertrieb in dem Beschluss schließt somit Marktmachtmissbräuche in diesem Bereich nicht aus.

255. Die DB-Gruppe hat des Weiteren mit einigen Drittanbietern sogenannte Agenturverträge zur Vermarktung von Fahrkarten der DB-Gruppe abgeschlossen. Derartige Anbieter haben sich bereits seit einigen Jahren im Markt etabliert. Sie erbringen keine eigenen Verkehrsleistungen, sondern beschränken sich ausschließlich auf den Vertrieb dieser Dienstleistungen. Beispiele sind die Vertriebsplattformen From A to B oder Moovel. Auf diesen Plattformen können Fahrscheine unterschiedlicher Verkehrsunternehmen gebucht werden. Beispielsweise werden neben den Tickets der DB-Gruppe auch die Fernverkehrsverbindungen von Flixtrain verkauft. Zudem bieten diese Plattformen Leistungen anderer Verkehrsträger, bspw. Fernbusverbindungen, Flüge oder Mitfahrgelegenheiten an. Durch die Kombination unterschiedlicher verkehrsträgerübergreifender Beförderungsleistungen können diese Plattformen einen zusätzlichen Nutzen für Fahrgäste erzeugen. In den von der DB-Gruppe mit solchen Drittanbietern abgeschlossenen Agenturverträgen finden sich spezifische Regularien hinsichtlich der Darstellung der Produkte der DB-Gruppe, die – von außen betrachtet – stark zum Vorteil der DB-Gruppe ausgestaltet zu sein scheinen. Denn während die DB-Gruppe mit ihrem Portal „bahn.de“ eine Alleinstellung als *das* Informations- und Buchungsportal schlechthin in Anspruch nimmt, fällt auf, dass die Drittanbieter vergleichsweise weniger eingängige Markennamen nutzen. Daneben sind die betreffenden Drittanbieter auf Suchmaschinen, insbesondere in deren Werbeanzeigen, kaum sichtbar. Ihr Informationsangebot reicht ebenfalls weniger weit als das von „bahn.de“; z. B. werden Verspätungen und Störungen, Alternativrouten, die Zugauslastung, die aktuelle Wagenreihung u. ä. typischerweise nicht in Echtzeit angezeigt. Soweit Informationen über die Agenturverträge verfügbar sind, scheinen auch die vereinbarten Provisionen stark zugunsten der DB-Gruppe ausgerichtet zu sein.[412]

---

[408] Vgl. Alvares de Souza Soares, P., Streit zwischen Flixbus und Bahn eskaliert, manager magazin, 20.08.2018.

[409] Siehe Monopolkommission, Sondergutachten 68, Wettbewerbspolitik: Herausforderung digitale Märkte, 1. Aufl. 2015, Tz. 36 ff., 45 f. (allgemein zu den Wirkungen von Netzwerkeffekten).

[410] Das Bundeskartellamt grenzt in dem Beschluss „die Märkte für die bundesweite Erbringung von Vertriebsdienstleistungen im Zusammenhang mit dem Verkauf von Fahrkarten im SPV, inklusive sämtlicher Vertriebskanäle, vor allem den Fahrkartenautomaten und den personenbedienten Verkauf, aber auch über das Internet sowie Call- und Abonnement-Center“ ab, vgl. BKartA, ebenda, Rn. 24.

[411] Die Monopolkommission wies 2017 darauf hin, dass eine mögliche Ausweitung des Angebots von Fernverkehrsfahrkarten, insbesondere bei dem Online-Vertrieb, geprüft werden sollte. Vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 126.

[412] Nach den Informationen, welche der Monopolkommission vorliegen.

256. In Anbetracht dessen ist nicht auszuschließen, dass die DB AG ihre marktbeherrschende Stellung sowohl im Vertrieb von Bahnfahrkarten als auch als größter Anbieter im Schienenpersonenverkehr gegenüber diesen Plattformen ausnutzt.[413] Eine behördliche Überprüfung anhand §§ 19 ff. GWB, Art. 102 AEUV ist dementsprechend zu empfehlen. Da die DB-Gruppe selbst im Vertrieb und insbesondere auch im Online-Vertrieb tätig ist, können die Vereinbarungen zusätzlich gegen das Kartellverbot verstoßen. Dessen Anwendung wäre zwar ausgeschlossen, wenn es sich bei den Online-Vertriebsplattformen um Handelsvertreter der DB-Gruppe handeln würde. Dies würde allerdings voraussetzen, dass die Vertriebsplattformen kein geschäftliches Risiko in Bezug auf den Vertrieb der von ihnen angebotenen DB-Fahrscheine tragen (einschließlich von Risiken), die die nötigen Investitionen in ihre eigene Plattform betreffen.[414] Solche Risiken sind allerdings auch dann zu tragen, wenn die betroffenen Anbieter ihr System auf eigene Kosten entwickeln und warten und die Kosten der Abwicklung von Fahrkartenverkäufen übernehmen (einschließlich der Validierung von Zahlungsangaben bei Buchungen und des Ersatzes bei systembedingten Fehlfunktionen). Zu bedenken ist ferner, dass das Bundeskartellamt bereits in der Vergangenheit Verdachtsmomenten wegen des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung beim Vertrieb von Fahrkarten für den Schienenpersonenverkehr nachgegangen ist.[415]

257. Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass die vollständige Umsetzung der Pflichten zur Fahrgastinformation nach § 12a Abs. 2 AEG dazu beitragen kann, dass sich ein Wettbewerb zwischen den Online-Vertriebsportalen der Eisenbahnverkehrsunternehmen entwickelt. Die Pflicht des § 12a Abs. 2 AEG wird im Fall der DB-Gruppe durch das Verbot flankiert, als marktbeherrschendes Unternehmen sonstige Betreiber von Online-Vertriebsportalen nicht zu diskriminieren (Art. 102 lit. c AEUV). Ein Wettbewerb im Bereich des Onlinevertriebs wird aber dadurch behindert, dass die über die durchgängige, deutschlandweite elektronische Fahrplaninformation (DELFI) bereitzustellenden Informationen bislang keine Echtzeitinformationen umfassen. Eine Einbindung dieser Daten beispielsweise über DELFIplus wäre grundsätzlich wünschenswert. Die Entwicklung bleibt aber zunächst abzuwarten.[416]

4.1.3 Tarifierung reformieren

258. Im Allgemeinen stellt die Tarifgestaltung einen wesentlichen Wettbewerbsparameter in Verkehrsmärkten dar. Durch die Preisgestaltung wie auch durch die Beförderungsbedingungen, welche sich in den Tarifen eines Eisenbahnverkehrsunternehmens niederschlagen, können sich Unternehmen voneinander differenzieren.[417] Wenn allerdings jedes einzelne Eisenbahnverkehrsunternehmen getrennt von seinen Konkurrenten Tarife aufstellen würde, so wäre der Markt aus Sicht der Fahrgäste intransparent, wodurch gerade im intermodalen Vergleich die Wahrnehmung und Nutzung des Eisenbahnverkehrs leiden dürften. Um einen Markt zu schaffen, in welchem Wettbewerb ermöglicht wird, sieht das Allgemeine Eisenbahngesetz eine gewisse Notwendigkeit für ein gemeinschaftliches Agieren vor. Diese leitet sich aus der in § 12 Abs. 1 AEG formulierten Vorgabe einer direkten Abfertigung und durchgehenden Tarifierung ab.[418]

4.1.3.1 Tarifkalkulation unter Kooperationspflicht

259. Gemäß § 12 Abs. 1 S. 3 Nr. 1 AEG ist jedes betroffene Eisenbahnverkehrsunternehmen dazu verpflichtet, die ihm möglichen Maßnahmen zur Gewährleistung einer direkten Abfertigung für Beförderungen zu ergreifen, welche sich auf mehrere Eisenbahnen des öffentlichen Verkehrs beziehen. Im Wesentlichen betrifft die geforderte direkte Abfertigung die Ausgabe von Fahrscheinen bzw. Beförderungspapieren, welche für die gesamte vom Kunden gewünschte Fahrt gültig sind. Die damit verbundene Pflicht setzt eine gewisse Zusammenarbeit der Eisenbahnverkehrsunternehmen im Güter-

---

[413] Siehe zur Marktabgrenzung: BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13, Tz. 24 f., 27.

[414] Siehe EU-Kommission, Leitlinien für vertikale Beschränkungen, ABl. C-130 vom 19. Mai 2010, S. 1, Tz. 13 f.

[415] BKartA, Beschluss vom 24. Mai 2016, B9-136/13; zu einem möglichen Parallelfall auch Autorité de la concurrence, décision du 2 octobre 2014, 14-D-11.

[416] Siehe auch unten Tz. 324 f.

[417] Siehe § 12 Abs. 1 AEG.

[418] Gerstner im Beckschen AEG Kommentar unter 2 b), Rn. 28, S. 609. Vgl. zudem die Begründung zu dem damaligen § 11 Abs. 1 AEG in der Stellungnahme des Bundesrates zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens vom 25. Mai 1993, BT-Drs. 12/5014, S. 19.

wie auch Personenverkehr voraus. Für den Schienenpersonenverkehr wird die Pflicht über § 12 Abs. 1 Satz 3 Nr. 2 AEG dahingehend verschärft, dass alle betroffenen Verkehrsunternehmen durchgehende Tarife aufzustellen haben. Somit sind die Eisenbahnverkehrsunternehmen dazu verpflichtet, einheitliche Bedingungen für die gesamte Beförderung anzubieten und diese zu einem einheitlichen Beförderungsentgelt zu verkaufen.

260. Die Mitwirkung an der bezweckten Interoperabilität setzt eine Kooperation der Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonenverkehr hinsichtlich der Tarifierung voraus. Diese wird derzeit in unterschiedlichem Ausmaß von den einzelnen Marktteilnehmern umgesetzt, wodurch eine Vielzahl unterschiedlicher Tarife unter Mitwirkung unterschiedlicher Eisenbahnverkehrsunternehmen parallel existieren.

261. So gibt es im öffentlichen Personenverkehr beispielsweise auf regionale Gebiete begrenzte Verkehrs- bzw. Tarifverbünde, welche einen einheitlichen Tarif für alle in dem durch Zonen oder Waben abgegrenzten Gebiet vorschreiben. Die an dem Verbund beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen erkennen den vorgegebenen Preis, die damit verbundenen ausgestellten Fahrkarten und die weiteren Beförderungsbedingungen an und setzen diese in ihren Zügen um. Eine eigene Tarifkalkulation entfällt auf den dem Verkehrsverbund angehörenden Strecken gänzlich. Zudem überschneiden sich die regional abgegrenzten Verkehrsverbünde in der Regel nicht, sodass als Folge des dezentral organisierten SPNV unterschiedliche tarifliche Strukturen nebeneinander existieren.

262. Zu einem Problem aus Sicht der Fahrgäste kann die dezentrale Struktur dann werden, wenn Beförderungsleistungen über Verbundgrenzen hinaus wahrgenommen werden. Der Fahrgast ist in diesem Fall gezwungen, neben dem Verbundticket einen Fahrschein für die sich anschließende Fahrt, gegebenenfalls für einen weiteren Verbund, zu lösen. In einigen Bundesländern wurden unter anderem aus diesem Grund Ländertarife entwickelt, welche die Problematik auf der Länderebene verringern können. Tarife, wie beispielsweise der „bw-tarif“ in Baden-Württemberg, der „NRW-Tarif“ in Nordrhein-Westfalen oder auch der „Niedersachsentarif“, bieten einheitliche Beförderungsbedingungen und –entgelte für Verkehrsleistungen innerhalb des Bundeslandes, welche über Verbundgrenzen führen oder auch unabhängig von Verbünden die Beförderung durch mehrere Eisenbahnverkehrsunternehmen vorsehen.

263. Für Beförderungen, die nicht durch einen Verkehrsverbund oder Ländertarif abgedeckt sind, gibt es für Nahverkehrsleistungen eine Kooperation zwischen den Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV. Durch den relativ hohen Marktanteil der DB Regio AG sind für einen durchgehenden Tarif zumeist Vereinbarungen zwischen DB Regio AG und Wettbewerbsbahnen notwendig. Kooperationen zwischen diesen Verkehrsunternehmen werden derzeit über den TBNE ermöglicht, welcher den Eisenbahnverkehrsunternehmen Musterverträge zur Verfügung stellt. Der TBNE bietet einen eigenen Tarif an, mit dem die Verkehrsunternehmen sich auf gemeinsame Beförderungsbedingungen und Entgelte verständigen können. Die Berechnung der Entgelte erfolgt in dem TBNE eigenen (Muster-)Vertrag, indem die anteilig für die einzelnen Streckenabschnitte anfallenden unternehmenseigenen Preise aufaddiert werden (sogenannter Anstoßtarif). In den meisten Kooperationen zwischen der DB AG und Wettbewerbsbahnen einigen sich die Kooperationspartner derzeit jedoch nicht auf einen solchen Anstoßtarif, sondern auf die Anrechnung der Beförderungsbedingungen der DB AG. Somit wird hinsichtlich des Entgelts der Nahverkehrs-Tarif (C-Tarif) von den Wettbewerbsbahnen angewendet.

264. Darüber hinaus besteht eine Vereinbarung der Nahverkehrsunternehmen mit der DB Fernverkehr AG, nach welcher Fernverkehrsfahrscheine gemäß dem Prinzip der Abwärtskompatibilität auch in Nahverkehrszügen anerkannt werden, wobei selbst Sparpreise und BahnCards in Nahverkehrszügen Anwendung finden. Aufgrund der Vereinbarungen der DB Fernverkehr AG mit Nahverkehrsunternehmen ist es Fahrgästen somit grundsätzlich möglich, mit Fernverkehrsfahrscheinen der DB AG in umfänglichem Maße Nahverkehrsleistungen wahrzunehmen. Die durchgehenden Fahrscheine mit Nahverkehrsanteilen und ICE- oder auch IC/EC-Nutzung werden gemäß den Fernverkehrstarifen „ICE-Tarif“ und „IC/EC-Tarif“ (bzw. A- und B-Tarif) der Beförderungsbedingungen der DB AG kalkuliert. Entgegen dem C-Tarif oder ähnlicher Nahverkehrstarife wird der Preis für die gesamte Strecke entsprechend der eigenwirtschaftlichen Kalkulation der DB Fernverkehr AG aufgestellt. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV bekommen über die gemeinsame Einnahmenaufteilung für die von ihnen angebotenen und genutzten Beförderungsleistungen für diese Fahrscheine anteilig finanzielle Ausgleichszahlungen angerechnet und ausbezahlt. Zu berücksichtigen ist hierbei das differenzierte Preissystem mit dem allgemeingültigen Flexpreis, Sparpreisen und Supersparpreisen, Zeitkarten sowie insbesondere den BahnCards 25, 50, 100 sowie personengruppenabhängigen BahnCards. Die meisten Nahverkehrsunternehmen erkennen in

ihren Zügen die Ermäßigungen der DB AG an. Für ermäßigte Fahrscheine erhalten die SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen statt des vollen Preises gemäß dem C-Tarif nur einen Anteil von 72 Prozent. An den Erlösen der BahnCards werden die Unternehmen nur sehr geringfügig beteiligt.

265. Auch auf europäischer Ebene sollen in Zukunft Durchgangsfahrkarten angeboten werden.[419] Die DB AG hat ebenso wie die Nahverkehrsunternehmen an den Ländergrenzen teilweise Vereinbarungen mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen der Nachbarländer abgeschlossen. Diese beziehen sich in erster Linie auf den direkten, grenzüberschreitenden Verkehr zwischen den jeweiligen Ländern. Die DB AG hat für die Anzeige der internationalen Verbindungen eine gesonderte Fahrplanauskunft mit Vertriebsmöglichkeit eingerichtet.[420] Über diese können Fahrkarten mit unterschiedlichen Ticket-Bestandteilen erworben werden. Somit ist mit den Fahrscheinen die direkte Abfertigung sichergestellt, ohne eine durchgehende Tarifierung für alle dort aufgezeigten Verbindungen notwendig zu machen.

266. Die aufgezeigten Vereinbarungen haben eine relativ vielfältige Tariflandschaft geschaffen, welche abhängig von den Strecken bzw. Regionen teilweise eine umfassende Umsetzung durchgehender Tarife aufweist. Vereinbarungen zwischen SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen und einem SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen, können aus Sicht der Fahrgäste ein attraktives zusätzliches Angebot in dem Schienenpersonenverkehrsmarkt bilden. Solche Vereinbarungen können auch aus Sicht der SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen profitabel sein.

267. Auffällig ist allerdings, dass neben den zuvor beschriebenen Vereinbarungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen bislang keine Kooperationen zwischen weiteren Anbietern im SPFV mit dem SPNV und keine Kooperationen zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV bestehen. Derzeit gibt es ausschließlich zwischen der DB Fernverkehr AG und den Nahverkehrsunternehmen Tarifvereinbarungen, über welche die Nahverkehrsunternehmen Fernverkehrsfahrscheine der DB-Gruppe in ihren Zügen anerkennen. Das neu in den Markt eingetretene Fernverkehrsunternehmen Flixtrain ist hingegen bisher keine Kooperation mit den SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen eingegangen. Insbesondere für Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche (jeweils nur wenige) Verkehrsleistungen im SPFV aufnehmen, dürften Kooperationen mit Nahverkehrsunternehmen zunächst auch ein zusätzliches finanzielles Risiko darstellen. Es ist durchaus vorstellbar, dass die mit der Tarif- und Vertriebskooperation verbundenen finanziellen Forderungen für neue Unternehmen in dem Markt zu kostspielig sind und dadurch eine strikt zu verstehende Mitwirkungspflicht eine weitere Markteintrittsbarriere darstellen würde.

268. Weitere Probleme, welche mit der Kooperation von Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV und SPFV verbunden sein können, dürften sich auch hinsichtlich der Anerkennungspflichten für das Fernverkehrsunternehmen ergeben.[421] Dieses würde, sofern es Nahverkehrstickets in seinen Zügen anerkennt, die Anzahl der Fahrgäste in den Zügen steigern. Die damit verbundenen Einnahmen würden jedoch nicht seine eigenwirtschaftlich kalkulierten Fernverkehrspreise abbilden, sondern die vorgegebenen Nahverkehrstarife, was sich abhängig von den realisierten Vertriebszahlen rentieren kann, jedoch nicht rentieren muss.

269. Von Februar 2015 bis August 2016 hatte der Hamburg-Köln-Express (HKX) einen Teil seiner nicht-bestellten Verkehrsleistungen als Nahverkehrsleistung eingestuft und Nahverkehrstickets in seinen Zügen anerkannt, um über diese Möglichkeit eine Kooperation mit der DB AG einzugehen.[422] Ein Grund für die Einstellung des Angebotes wenige Monate nach der Einführung dürfte gewesen sein, dass die Züge insbesondere durch Sonderangebote bei den Nahverkehrsfahrscheinen stark ausgelastet waren, ohne dass sich die Einnahmen entsprechend erhöht hätten.

270. Aus Sicht der DB Fernverkehr AG könnte sich die Einstufung spezifischer Fernverkehrsstreckenabschnitte als Nahverkehrsleistung hingegen rentieren. Dies könnte insbesondere bei Streckenabschnitten vermutet werden, welche für die DB Fernverkehr AG eigenwirtschaftlich nicht profitabel zu bedienen sind, deren zusätzliche Nutzung über die An-

---

[419] Vgl. Art. 3 Nr. 10 der Verordnung VO 1371/2007/EG.

[420] Vgl. www.international-bahn.de, Abruf am 11. Juni 2019.

[421] Vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O. Tz. 136 ff.

[422] Nahverkehrsleistungen unterscheiden sich von Fernverkehrsleistungen beispielsweise durch den Abstand zwischen zwei Bahnhöfen. Bei Nahverkehrsleistungen dürfen die Abstände nicht größer als 50 km sein.

erkennung von Nahverkehrsfahrscheinen jedoch zu einer Erhöhung der Einnahmen führen könnte. Das aktuelle Fernverkehrskonzept der DB-Gruppe weist ein entsprechendes Potenzial solcher Anerkennungsvorhaben auf. Problematisch ist dieses vor allem deshalb zu sehen, da durch die Anerkennung der Nahverkehrsfahrscheine in den DB Fernverkehrszügen Erlöse des Nahverkehrs der DB Fernverkehr AG zufließen würden, welche eigentlich von dem bestellten Nahverkehr bei dessen Verkehrsangebot gegenüber dem Aufgabenträger einkalkuliert wurden. Da im bestellten Verkehr des SPNV Verkehrsverträge über längere Zeiträume geschlossen werden, besteht für die Nahverkehrsunternehmen wie auch Aufgabenträger keine Möglichkeit, kurzfristig auf entsprechende Nachfrageveränderungen zu reagieren. Abhängig von der Vertragsgestaltung (Brutto-/Netto-Vertrag) schädigt eine entsprechende Anerkennung die Einnahmen des Aufgabenträgers oder des Eisenbahnverkehrsunternehmens und wirkt sich entsprechend auf die notwendige Höhe der Regionalisierungsmittel aus.[423]

271. Als kurzfristig umsetzbare Maßnahme zur Reduzierung von Missbrauchsrisiken empfiehlt die Monopolkommission, die Pflicht für Tarif- und Verkehrsverbünde zu einer Kooperation mit nicht-bestellten Verkehrsunternehmen aufzugeben, wenn sich eine solche Kooperation negativ auf die Einnahmesituation des bestellten Verkehrs auswirken würde.[424] Die Mitwirkungspflicht an durchgehenden Tarifen sollte vielmehr so ausgestaltet werden, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen sich bemühen sollen, durchgehende Tarife zu erstellen. Dies entspricht der Auffassung des Bundesrates zum Gesetzentwurf zur Neuordnung des Eisenbahnwesens 1993.[425] Sofern die gemeinsamen Tarife die Einnahmesituation eines an der Vereinbarung beteiligten Unternehmens schädigen, so sollte das Bestreben nach einem einheitlichen Tarif bereits ausreichend sein, um der Mitwirkungspflicht nachzukommen.

4.1.3.2 Tarifkooperationen und Kartellrecht

272. Im Kontext von Tarifkooperationen im Eisenbahnbereich stellen sich aus kartellrechtlicher Sicht zwei Fragen. Erstens ist fraglich, wie die Kooperation als solche zu beurteilen ist. Zweitens ist fraglich, wie einseitige Verhaltensweisen der DB-Gruppe zu beurteilen sind, soweit Aufgabenträger oder andere Eisenbahnverkehrsunternehmen dadurch möglicherweise benachteiligt werden.

273. Für Vereinbarungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen im ÖPNV unter Einschluss des SPNV enthält § 12 Abs. 7 AEG einen für das Eisenbahnrecht spezifischen Freistellungstatbestand. Weitere Vereinbarungen, beispielsweise zwischen Unternehmen, welche im SPFV tätig sind, werden bei dem Freistellungstatbestand nicht berücksichtigt, obwohl auch sie zu der Aufstellung durchgehender Tarife verpflichtet sind. Die praktische Bedeutung dieses Freistellungstatbestands dürfte allerdings zumindest, soweit die DB-Gruppe sich an Kooperationen beteiligt, gering sein, da in diesen Fällen regelmäßig auch Art. 101 AEUV zu prüfen ist.

274. Allerdings ist fraglich, wie Vereinbarungen zwischen diesen Eisenbahnverkehrsunternehmen gemäß Art. 101 Abs. 1 AEUV zu bewerten sind, sofern sich die Vereinbarungen ausschließlich auf die vorgeschriebene Mitwirkungspflicht an durchgehenden Tarifen bezieht.[426] Durch die Tarif- und Vertriebskooperation von SPNV- mit SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen entsteht ein neues Produkt, welches den Fahrgästen die Benutzung von Nah- wie auch Fernverkehrszügen mit einem einheitlichen Fahrschein ermöglicht. Die Kooperation kann somit eine vom Kartellverbot nicht erfasste Arbeitsgemeinschaft darstellen, da ohne das gemeinsame Wirken ein ähnliches Produkt nicht entstanden wäre.[427] An-

---

[423] Zudem sind im Allgemeinen die Länder für die Finanzierung des Nahverkehrs zuständig, so dass die Nahverkehr offerierenden Fernverkehrsunternehmen gegebenenfalls auch Subventionen über die Länder erhalten könnten.

[424] Vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a .a. O., Tz. 140.

[425] Gesetzentwurf der Abgeordneten Dirk Fischer (Hamburg), Dr. Dionys Jobst, Horst Gibtner, Heinz-Günter Bargfrede, Dr. Wolf Bauer, Renate Blank, Wolfgang Börnsen (Bönstrup), Georg Brunnhuber, Claus-Peter Grotz, Manfred Heise, Ernst Hinsken, Michael Jung (Limburg), Klaus-Heiner Lehne, Theo Magin, Rudolf Meinl, Norbert Otto (Erfurt), Gerhard O. Pfeffermann, Helmut Rode (Wietzen), Ferdi Tillmann, weiterer Abgeordneter und der Fraktion der CDU/CSU, Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Eisenbahnwesens (Eisenbahnneuordnungsgesetz — ENeuOG), Drucksache 12/4609 vom 23. März 1993.

[426] Siehe hierzu auch Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 113 ff.

[427] Vgl. EU-Kommission, Mitteilung - Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14. Januar 2011, S. 1, Tz. 30, 237.

sonsten kommt zumindest eine Rechtfertigung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV in Betracht. Sofern die Eisenbahnverkehrsunternehmen keine zusätzlichen kollusiven Absprachen treffen, dürften die Kooperationen von Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV und SPFV in dieser Weise jedenfalls nicht gegen das Kartellverbot verstoßen.

275. Im Vergleich zu den kombinierten Fahrscheinen, welche durch Vereinbarungen zwischen Nah- und Fernverkehrsunternehmen entstehen, bringen Vereinbarungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPFV kein grundsätzlich neues Produkt hervor. Die Kombination von Fernverkehrsstrecken zu einem einheitlichen Angebot kann jedoch wesentliche Vorteile für die Unternehmen schaffen, indem sie ihre Angebote ausdehnen können. Wettbewerbern könnte der Zugang zu Einrichtungen des marktmächtigen Eisenbahnverkehrsunternehmens, wie beispielsweise zu Vertriebsplattformen, ermöglicht werden. Aus Kundensicht könnten entsprechende Kooperationen von Interesse sein, da sich durch die neuen Reisemöglichkeiten gegebenenfalls eine höhere Reiseflexibilität einstellen könnte. Dabei würden auch mit entsprechenden Kooperationen die Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV im Wettbewerb zueinander stehen, was sich insbesondere bei der Preissetzung zuggebundener Fahrkarten widerspiegeln dürfte. Allerdings ist gerade bei potenziellen Vereinbarungen von Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV darauf zu achten, dass über die eigentliche Vereinbarung der Tarifgestaltung hinaus keine Absprachen getroffen werden, die den Wettbewerb über das unerlässliche Maß hinaus beschränken.[428] Bei Interesse an Kooperationen sollten die Inhalte immer auch von den entsprechenden Behörden geprüft werden. Einerseits sollte das Eisenbahnbundesamt regulierungsrechtlich kontrollieren, ob und inwieweit die Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV ihrer Verpflichtung, durchgehende Fahrscheine aufzustellen, unter Berücksichtigung ihrer Eigenwirtschaftlichkeit nachkommen. Andererseits sollte in dem Fall, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV eine Kooperation entwickeln, dieses Vorhaben aus wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten vom Bundeskartellamt überprüft werden.

276. Problematisch erscheint demgegenüber die Einstufung des SPFV als Nahverkehrsleistung durch die DB-Gruppe. Hier liegt keine Kooperationsvereinbarung zugrunde. Die DB-Gruppe macht es sich vielmehr zunutze, dass Vereinbarungen zwischen den Aufgabenträgern und den bestellten SPNV-Angeboten zu einer Bindung des betreffenden Aufgabenträgers hinsichtlich Regionalisierungsmitteln führen, die diesem keine kurzfristige Reaktion auf Nachfrageänderungen gestatten. Das ermöglicht es der DB Fernverkehr AG, eine finanzielle Beteiligung an den Regionalisierungsmitteln für die von ihr anerkannten Nahverkehrs-Fahrscheine zu verlangen und durchzusetzen. Das gilt ungeachtet der Tatsache, dass die Regionalisierungsmittel grundsätzlich nur den SPNV-Anbietern einen kostendeckenden gemeinwirtschaftlichen Betrieb ermöglichen sollen, während der SPFV grundsätzlich eigenwirtschaftlich fährt. Das beschriebene Verhalten der DB-Gruppe erscheint nach Art. 102 AEUV und gegebenenfalls § 19 GWB problematisch, da es geeignet ist, ihre marktbeherrschende Stellung im SPFV zu verstärken.[429]

277. Ebenso ist es nach Art. 102 AEUV und gegebenenfalls § 19 GWB kritisch zu sehen, dass sich andere Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV bei durchgehenden Fahrscheinen gezwungen sehen, die Ermäßigungen der DB-Gruppe anzuerkennen.[430] Dem steht nicht entgegen, dass derartige Kooperationen nach dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Vereinbarungen (Art. 101 AEUV, §§ 1 f. GWB) unbedenklich sein dürften, da sie auf der nachgelagerten Ebene des Fahrkartenvertriebs den Fahrgästen zugute kommen. Ebenso wenig kommt es darauf an, dass die Umsetzung von Preisdifferenzierungsmechanismen im Allgemeinen auch im Interesse der Wettbewerber sein dürfte. Entscheidend ist vielmehr, dass andere Eisenbahnverkehrsunternehmen keine Verhandlungsspielräume haben, um im Rahmen der Kooperation missbräuchlichen Konditionenforderungen der DB-Gruppe etwas entgegenzusetzen. Zwar können andere Eisenbahnverkehrsunternehmen die Preisermäßigungen, beispielsweise die Anerkennung der BahnCards, theoretisch ablehnen. Da jedoch die DB Regio AG, welche noch immer einen großen Anteil der Verkehrsleistungen im Nahverkehr erbringt, die Ermäßigungen entsprechend dem Konzerninteresse anerkennt, würden die Beförderungsleistungen der Wettbewerbsbahnen bei Nichtanrechnung der Preisreduktionen aus Fahrgastsicht unattraktiver werden. Dies hätte zur

---

[428] Vgl. EU-Kommission, Bekanntmachung — Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 28 ff. (zu sog. Nebenabreden).

[429] Vgl. EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Slg. 1983, 3461, ECLI:EU:C:1983:313, Rz. 57.

[430] Vgl. Tz. 264.

Folge, dass Fahrgäste gegebenenfalls auf alternative Transportmittel (Auto, Bus) umstiegen. Hieraus folgt ein Druck auf die Wettbewerbsbahnen, die Vorgehensweise der DB Regio AG zu übernehmen.

278. Eine darüber hinausgehende gesetzliche Ausnahme für Kooperationen dürfte wegen der abschließenden Regelungen in Art. 1 Abs. 1-2, Art. 2 S. 2 und Art. 3 VO 1/2003 leerlaufen. Von einer solchen Ausnahme für Tarifkooperationen im SPFV, welche keine Kontrolle voraussetzt, rät die Monopolkommission deshalb ab.

4.1.3.3 Faire Wettbewerbsbedingungen für Tarifkooperationen im SPNV schaffen

279. Einhergehend mit der Mitwirkungspflicht an durchgehenden Tarifen ist eine Vielzahl an bilateralen Kooperationen insbesondere im SPNV notwendig. Zur Handhabbarkeit der vielfältigen Vereinbarungen besteht mit dem TBNE ein überregionales Kooperationssystem zwischen den Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV und der DB AG. Der TBNE bietet einen Muster-Tarifkooperationsvertrag an, bei welchem die Entgelte der einzelnen Streckenabschnitte von den jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen vorgegeben und zu einem einheitlichen Preis aufaddiert werden. Diese Beförderungsbedingungen („BB Anstoßtarif") haben gemessen an dem gesamten verbund- und landestarifüberschreitenden SPNV-Markt allerdings nur einen äußerst geringen Anteil.[431] Bei dem größten Anteil der Tarife, welche insbesondere auch über den TBNE vereinbart werden, handelt es sich hingegen um Pauschalpreisangebote, bei denen sich die Eisenbahnverkehrsunternehmen auf die gegenseitige Anerkennung der Beförderungsbedingungen der DB AG und somit des für den Nahverkehr festgelegten C-Tarifs einigen. Die DB AG gibt daher in der Praxis den einheitlichen Tarif für die überregionalen Kooperationen vor. Zudem verfügt die DB AG im TBNE über 50 Prozent der Stimmrechte sowie über ein Vetorecht. Darüber hinaus wird der überwiegende Anteil der Geschäftsleitung von der DB AG gestellt, wodurch die Möglichkeit zu Wettbewerbsverzerrungen bei der Tarifierung zu Gunsten des marktmächtigen Unternehmens entsteht.

280. Um unbeabsichtigte Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Ausgestaltung des TBNE-Systems zu vermeiden, wird bereits seit einigen Jahren über eine Weiterentwicklung des TBNE diskutiert. Aus Sicht der Beteiligten soll der Deutschland-Tarifverbund, wie derzeit der TBNE, als Entscheidungsplattform der SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen bei den Themen Tarifierung und Vertrieb dienen.[432] Die Rolle der nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen soll dabei im Vergleich zur derzeitigen Lösung deutlich gestärkt werden. Um faire Bedingungen für alle beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen bei der Kooperationsplattform für die Gestaltung der gemeinsamen Tarife zu schaffen, hält die Monopolkommission es für wünschenswert, dass eine solche Branchenlösung vorangetrieben wird.

281. Insbesondere sollte bei der Ausarbeitung des gemeinsamen Tarifs aus Sicht der Monopolkommission kein einzelnes Unternehmen über eine dominierende Position verfügen. Die bereits beschriebenen Ländertarife, wie sie beispielsweise in Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen und Baden-Württemberg zur Anwendung kommen, tragen dieser Forderung bereits Rechnung und haben als Reaktion auf das Ungleichgewicht bei den Tarifkooperationen eigene angepasste Organisationsformen gewählt. Die teils als Gesellschaft agierenden Tarifkooperationsstellen bieten innerhalb der Bundesländergrenzen die Ausgestaltung eigener Nahverkehrstarife unter Mitwirkung der beteiligten Verkehrsunternehmen an, wobei auch die Aufgabenträger beteiligt werden. Die Abstimmungsrechte sind zumeist derart ausgestaltet, dass kein einzelnes Unternehmen Entscheidungen für den gemeinsamen Tarif unilateral vorgeben oder verhindern kann. Dies ist beispielsweise durch zweistufige Abstimmungsverfahren gewährleistet, bei denen die absolute Mehrheit der Stimmen hinsichtlich Verkehrsvertragsstimmen und die absolute Mehrheit hinsichtlich Geschäftsanteilen für die Umsetzung einer Entscheidung notwendig sind. Ähnlich der Umsetzung bei den Ländertarifen, könnte auch bei dem bundesweiten Tarifverbund über ein zweistufiges Stimmrechtsverfahren eine faire Beteiligung aller Eisenbahnverkehrsunternehmen erreicht werden.[433]

282. Innerhalb eines bundesweiten Tarifverbundes sollte nach Auffassung der Monopolkommission der unternehmerische Gestaltungsspielraum für alle beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen in gleichem Maße gestärkt werden. Dies

---

[431] Vgl. Der TBNE, https://www.tbne.de/Tarifbedingungen.213.0.html, Abruf am 11. Juni 2019.

[432] Vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 129.

[433] Entsprechend des aktuellen Arbeitsstandes des Deutschland-Tarifverbundes ist eine ähnliche Stimmrechtskonstruktion vorgesehen.

sollte sich in der gemeinschaftlichen Abstimmung der Tarifierung bei durchgehenden Fahrscheinen zeigen. Die Eisenbahnverkehrsunternehmen sollten insbesondere über faire Mitspracheregelungen einen gemeinsamen Tarif entwickeln, welcher bei allen Beförderungen angewendet wird, bei welchen mehrere Eisenbahnverkehrsunternehmen beteiligt sind. Solche Tarife können einerseits allgemein bei überregionalen Beförderungen vereinbart werden, andererseits aber auch für spezifische gesonderte Tickets. Das Quer-durchs-Land-Ticket oder auch das bis Juni 2019 geltende Schönes-Wochenende-Ticket stellen zwei solcher gesonderten überregionalen Tickets dar. Derzeit werden diese unter Anerkennung der SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen von der DB AG angeboten. Zukünftig sollten auch solche Tickets über den Tarifverbund vereinbart werden.

283. Vereinbarungen über allgemeingültige einheitliche Beförderungs- und Entgeltbedingungen unter Berücksichtigung aller bundesweit agierenden Eisenbahnverkehrsunternehmen sowie unter Berücksichtigung der Interessen der Aufgabenträger können sich als schwierig erweisen, was sich unter anderem in dem langwierigen Prozess der Bildung eines Deutschland-Tarifverbundes zeigt.[434] Aufwendig kann vor allem die Abstimmung über die Preisgestaltung sein, da jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen eigene preisliche Vorstellungen hat und darüber hinaus Aufgabenträger (indirekten) Einfluss auf die Entgelte nehmen.[435] Sollte es nicht möglich sein, ein einheitliches Entgelt für alle Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV zu entwickeln, müsste nach dem Verständnis der Monopolkommission eine alternative Preisgestaltung angestrebt werden, welche eine durchgehende Tarifierung dennoch ermöglicht. Dies könnte beispielsweise über Anstoßtarife erreicht werden. Bei diesen Tarifen ergeben sich die Preise für Fahrten, welche mehrere Unternehmensleistungen betreffen, durch die Zusammensetzung der einzelnen Preise der Teilstrecken. Diese werden von den Eisenbahnverkehrsunternehmen eigens kalkuliert. Demgemäß haben Anstoßtarife den Vorteil, dass jedes Eisenbahnverkehrsunternehmen die für die eigenen Strecken geltenden Preise selbst bestimmen kann und somit Verzerrungen hinsichtlich der Entgeltsetzung verhindert werden. Bisher finden Anstoßtarife jedoch wenig Anwendung, da im Vergleich zu einheitlichen Tarifen, welche typischerweise degressiv aufgebaut sind, Fahrkarten durch Addition der einzelnen Teilstreckenpreise teurer ausfallen können. Langfristig sollten sich die Preise entsprechend der Nachfrage anpassen, so dass auch mit Anstoßtarifen preislich gesehen sinnvolle Strukturen entstehen sollten. Die Einbindung der Vielzahl an Preissystemen der einzelnen Unternehmen, welche diverse Preisbildungskonditionen aufweisen können, sollte entsprechend der technischen Möglichkeiten unproblematisch sein.

284. Die Weiterentwicklung des bundesweiten Tarifverbunds könnte zudem genutzt werden, um Verzerrungen bei Vereinbarungen von SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen mit Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPFV durch weitere Maßnahmen vorzubeugen. Derzeit besteht die Problematik, dass die DB AG ihre Rolle als Eisenbahnverkehrsunternehmen sowohl im Nah- wie auch im Fernverkehr zum Nachteil der Aufgabenträger und der anderen SPNV-Anbieter ausnutzen kann. Zur Verbesserung der Wettbewerbssituation könnte innerhalb des bundesweiten Tarifverbundes eine gemeinsame Vereinbarung der SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen mit der DB Fernverkehr AG sowie den weiteren Fernverkehrsanbietern vorgesehen werden, wonach sich das Fernverkehrsunternehmen mit den Nahverkehrsunternehmen auf eine einheitliche Preisgestaltung einigt und diese für alle beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen Anwendung findet, sofern dies für alle beteiligten Unternehmen betriebswirtschaftlich möglich erscheint. Alternativ könnte über den Tarifverbund im Sinne eines Anstoßtarifs vereinbart werden, dass das Preissystem der DB Fernverkehr AG ausschließlich für die Fernverkehrsanteile anzurechnen ist und Nahverkehrsbestandteile separat dazu kalkuliert werden.

4.1.3.4 Durchgehende Tarifierung im SPFV umsetzen

285. Zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV existieren bisher keine Tarifkooperationen. Somit ist es nicht möglich, mit einem einheitlichen Fahrschein die Verkehrsangebote der DB Fernverkehr AG und von Flixtrain zu nutzen. Weder ist es möglich, mit einem einzelnen Fahrschein Verbindungen zu nutzen, bei denen ein Teil der Fahrt in den Zü-

---

[434] Mitte 2010 wurde die Arbeitsgruppe im TBNE gegründet, die sich seitdem mit der Neuorganisation in Richtung einer Verbundgesellschaft für einen bundesweiten Tarif befasste, vgl. Monopolkommission, Drittes Sektorgutachten Bahn 2011 (SG 60), a. a. O., Tz. 296. Die Gründung der Verbundgesellschaft ist für die zweite Jahreshälfte 2019, bzw. Anfang 2020 geplant.

[435] Aufgabenträger können bestimmte Tarifanrechnungen in den Ausschreibungen vorgeben. Zudem dürften sie abhängig von der Vertragsausgestaltung insbesondere bei Brutto-Anreiz-Verträgen ein besonderes Interesse an einer betriebswirtschaftlichen Tarifkalkulation haben, da sie das finanzielle Risiko selbst tragen.

gen von Wettbewerbern im SPFV und ein Teil der Fahrt in Zügen der DB Fernverkehr AG stattfindet. Noch ist es möglich, mit dem Kauf eines Tickets auf einer Strecke entweder den Fernverkehrszug von einem Wettbewerber oder zeitversetzt den Zug der DB Fernverkehr AG zu nutzen. Daher zeichnet sich gerade im Fernverkehr ein stark verzerrtes Bild des Schienenverkehrsmarktes zum Nachteil von Wettbewerbern im SPFV ab.

286. Während die DB Fernverkehr AG mit ihren Kooperationen zum SPNV und der Bedienung von über 99 Prozent der Fernverkehrsverbindungen ein umfängliches Angebot schafft, welches von Fahrgästen als Fernverkehrsmarkt wahrgenommen wird, stellt das Angebot von Wettbewerbern bei weitem keine gleichwertige Alternative dar und übernimmt eher komplementäre Funktionen. Sofern keine Kooperationen zwischen Neuanbietern im Fernverkehr und den Nahverkehrsunternehmen zustande kommen, stellen die Verbindungen eines SPFV-Wettbewerbers deshalb aus Sicht der Fahrgäste eher ein separates, unabhängiges Verkehrsangebot dar. Dieses Bild verschärft sich noch dadurch, dass Fahrscheine von Flixtrain nur über die unternehmenseigenen Vertriebskanäle verkauft werden. Hierdurch ist aus Sicht der Fahrgäste gerade beim Antritt längerer, geplanter Fahrten mit gegebenenfalls anfallenden Weiterfahrten im Nahverkehr oder auch in Kombination mit DB-Fernverkehrsverbindungen der Kauf mindestens zweier unterschiedlicher Fahrkarten notwendig, wenn das Angebot von Flixtrain genutzt werden soll. Da angenommen werden kann, dass aus Fahrgastsicht ein einheitliches Angebot gewünscht ist, kann sich somit das Angebot eines neuen Eisenbahnverkehrsunternehmens im SPFV wenig durchsetzen. Verstärkt wird die Asymmetrie, da Flixtrain durch den Betrieb von Punkt-zu-Punkt-Verkehren nur maximal zwei Mal am Tag die gleiche Verbindung anbieten kann. Ein „Flexpreis“ des Wettbewerbers, wie ihn die DB Fernverkehr AG auf den zumeist im Metro-Segment einzuordnenden Verbindungen offeriert, wäre daher aus Kundensicht unattraktiv. Flixtrain bietet Tickets daher aktuell ausschließlich zuggebunden an.

287. Durch zusätzliche Tarifkooperationen könnte das derzeit bestehende Ungleichgewicht zwischen neuen Anbietern im SPFV und der marktbeherrschenden DB-Gruppe entschärft werden. Wie bereits geschildert, sind auch die SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen dazu verpflichtet, an einer direkten Abfertigung und durchgehenden Tarifierung mitzuwirken. Diese Mitwirkungspflicht zur Erlangung eines interoperablen Schienenverkehrsmarktes bezieht sich zunächst auf die Pflicht, Verhandlungen mit den weiteren Eisenbahnverkehrsunternehmen einzugehen. Bilaterale Verhandlungen können, sofern eine betriebswirtschaftliche Umsetzung für beide Seiten nicht zu einer Lösung führen können, auch mit dem Abbruch enden.

288. Im eigenwirtschaftlichen Fernverkehr wählen die Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre Tarife relativ frei und haben keine weitergehenden Auflagen zu beachten, anders als beispielsweise die SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen im Rahmen von Ausschreibungen und der darin gemachten Vorgaben zu Anrechnungen von Verkehrsverbund- und Ländertarifen.[436] Insbesondere die Vereinbarung eines gemeinsamen Tarifs in Form eines Anstoßtarifs erscheint unter Berücksichtigung der eigenwirtschaftlichen Tätigkeit auf den ersten Blick unproblematisch. Auch wäre es durchaus vorstellbar, dass neben den eigenen Tarifen ein gemeinsamer Tarif der SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen erstellt werden könnte, welcher die Beförderung durch beide Anbieter gleichermaßen zu einem einheitlichen Preis ähnlich dem Flexpreis der DB ermöglicht. Dieser Preis läge voraussichtlich über Wettbewerbspreisen und wäre daher relativ hoch, würde jedoch den Vorteil mit sich bringen, dass Kunden frei zwischen dem hohen, flexiblen gemeinsamen Preis der Fernverkehrsanbieter und den voraussichtlich etwas niedrigeren zug- oder unternehmensabhängigen Angeboten wählen könnten. Trotz der gemeinsamen Tarifierung bliebe hierbei auch der eigenwirtschaftliche Preissetzungsspielraum der Unternehmen erhalten.

289. Normalerweise haben horizontale Vereinbarungen zwischen Wettbewerbern, die das Projekt oder die Tätigkeit, das/die Gegenstand der Vereinbarung ist, nach objektiven Kriterien nicht unabhängig voneinander durchführen könnten (zum Beispiel aufgrund begrenzter technischer Möglichkeiten der Parteien), keine wettbewerbsbeschränkenden Auswirkungen im Sinne von Artikel 101 Absatz 1 AEUV, es sei denn, die Parteien hätten das Projekt mit weniger spürbaren Wettbewerbsbeschränkungen durchführen können.[437] Im Falle der SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen ist es fraglich,

---

[436] SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen haben ausschließlich die in § 12 AEG vorgesehenen Vorgaben, wie beispielsweise die Tarifeinheitlichkeit, zu erfüllen.

[437] EU-Kommission, Mitteilung – Leitlinien zur Anwendbarkeit von Artikel 101 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf Vereinbarungen über horizontale Zusammenarbeit, ABl. C 11 vom 14. Januar 2011, S. 9, Tz. 30.

ob wegen der bestehenden finanziellen Risiken und der technischen Fähigkeiten der Marktakteure jedes Unternehmen in der Lage wäre, die von der Vereinbarung erfassten Tätigkeiten allein durchzuführen. Darüber hinaus ist es eher nicht ersichtlich, ob angesichts der Art der Vereinbarung und der Merkmale des Marktes eine weniger beschränkende Vereinbarung von SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen unter ähnlichen Gegebenheiten geschlossen worden wäre. [438] Dementsprechend würde die Vereinbarung eines gemeinsamen Tarifs in Form eines Anstoßtarifs den tatsächlichen oder potenziellen Wettbewerb, der ohne sie bestanden hätte, entweder nicht beschränken oder könnte zumindest mit Beschränkungen einhergehen, welche durch überwiegende Effizienzen im Sinne von Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt werden.

290. Da die Bildung eines gemeinsamen Tarifs im SPFV zur Wahrnehmung des Fernverkehrsmarktes sowie zum Ausgleich der Marktverzerrung durch das marktbeherrschende Eisenbahnverkehrsunternehmen beitragen würde, empfiehlt die Monopolkommission eine verstärkte Prüfung der Mitwirkungspflicht der SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen durch das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI) unter Mitwirkung des Bundeskartellamtes und gegebenenfalls der Bundesnetzagentur. Damit soll sichergestellt werden, dass die in den Verhandlungen abzustimmenden Kooperationsmöglichkeiten und -inhalte zu den von den Eisenbahnverkehrsunternehmen vorgebrachten Gründen und dem Abbruch bzw. der Zusage zu Tarifkooperationen führten. Das Bundeskartellamt sollte dabei insbesondere hinsichtlich möglicher Marktmachtmissbräuche den fairen Ablauf der Verhandlungen überblicken. Da die Bundesnetzagentur für die Zugangsentgelte sowie für den Trassenzugang auf dem vorgelagerten Markt zuständig ist, wäre auch sie gegebenenfalls bei einer Überprüfung der Optionen hinzuzuziehen.

291. Sofern sich herausstellt, dass die Unternehmen ihrer Mitwirkungspflicht nicht vollständig nachkommen, könnte regulatorisch nachjustiert werden. Beispielsweise könnte die Mitarbeit an einem gemeinsamen Tarif bereits bei der Anmeldung von Trassen bei der DB Netz AG als Kriterium zur Anmeldung vorausgesetzt werden. Die gemeinsame Tarifierung könnte ähnlich den Planungen im SPNV durch eine neutrale Verbundgesellschaft ermöglicht werden. Die Verbundgesellschaft bzw. die Kontrollinstanz hätte ähnlich dem im SPNV derzeit diskutierten Tarifverbund eine faire Mitwirkung aller beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV sicherzustellen.

292. Darüber hinaus würden sich durch die verstärkte Kooperationspflicht Auswirkungen auf die Vertriebskooperationen ergeben. Hinsichtlich des Vertriebs wären die SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen zu einem Verkauf der Fahrkarten des gemeinsamen Tarifs zu verpflichten, nicht jedoch zu dem Vertrieb der weiteren, unternehmens- und zuggebundenen Angebote. Für diese würden weiterhin eigene Vertriebskooperationen notwendig sein. Somit würde insbesondere die wettbewerbliche Entwicklung des Online-Vertriebs wie auch die separaten Vertriebskooperationen der SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen nicht negativ beeinflusst. Zudem erfordert ein gemeinsamer Tarif eine Einnahmenaufteilung ähnlich wie bei den überregionalen Tarifangeboten im SPNV.

4.1.3.5 Beförderungsbedingungen im Schienenpersonenverkehr überprüfen und gegebenenfalls ändern

293. Öffentliche Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonenverkehr sind gemäß § 12 Abs. 2 AEG dazu verpflichtet, Tarife aufzustellen. Dabei handelt es sich, entgegen dem allgemeinen Sprachgebrauch und Tarifdefinitionen in weiteren regulierten Sektoren, bei Tarifen im Eisenbahnbereich nicht nur um Beförderungsentgelte, sondern darüber hinaus um die Beförderungsbedingungen, welche wiederum auch Entgeltbedingungen umfassen. Gemäß § 12 Abs. 3-6 AEG ist es im Schienenpersonenverkehr eine Voraussetzung für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen, dass die angewandten Tarife vorab von der zuständigen Tarifgenehmigungsbehörde genehmigt werden. Die öffentlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen des SPFV und des SPNV haben alle solche Tarife aufgestellt. Die erforderliche Genehmigung der Tarife wird im Fall des SPFV vom BMVI bzw. vom Eisenbahn-Bundesamt und im SPNV von den Behörden erteilt, die in den Nahverkehrsgesetzen der Länder als Genehmigungsbehörde bestimmt worden sind.[439]

---

[438] EU-Kommission, Bekanntmachung – Leitlinien zur Anwendung von Artikel 81 Absatz 3 EG-Vertrag, ABl. C 101 vom 27. April 2004, S. 97, Tz. 18.

[439] Siehe für den SPFV § 12 Abs. 3-7 i. V. m. §§ 5 Abs. 2 AEG, § 1 Abs. 1 BEVVG.

294. Die Genehmigungspflicht ist für die Höhe der Beförderungsentgelte abgeschafft worden.[440] Die Genehmigungsbehörden prüfen somit nur, ob die Tarifregelungen mit der Verordnung 1371/2007, dem AEG und der Eisenbahn-Verkehrsverordnung (EVO) vereinbar sind, insbesondere ob sie gegenüber jedermann in gleicher Weise angewendet werden, und ob sie keine datenschutzrechtlichen Bedenken aufwerfen.[441] Darüber hinaus kann die Genehmigung von Beförderungsbedingungen zwar versagt werden, wenn sie mit dem geltenden Recht, insbesondere mit den Grundsätzen des Handelsrechts und den Vorschriften über die Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch Allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB), nicht in Einklang stehen. Das hat allerdings keine praktische Relevanz.

295. Die gesetzlichen Regelungen und die Beförderungsbedingungen der DB AG verschaffen dieser eine starke Position bei der Durchsetzung von Entgeltforderungen gegenüber ihren Fahrgästen. Die Beförderungsbedingungen, wonach Fahrgäste einen Fahrschein auch beim Schaffner lösen konnten, sind im SPNV ersatzlos abgeschafft worden (anders als dies etwa bei Bus- und Straßenbahnverkehrsdienstleistungen üblicherweise der Fall ist). Das dafür nötige Zugbegleitpersonal wurde eingespart. Im SPFV ist ein Fahrkartenkauf im Zug grundsätzlich nur gegen einen pauschalen Aufpreis in Höhe von EUR 19 (zuvor: EUR 5) möglich.[442] Für den Umtausch oder die Stornierung von vor der Fahrt erworbenen Fahrkarten mit flexibler Geltung wird ab dem ersten Geltungstag eine pauschale Bearbeitungsgebühr in Höhe von EUR 19 im SPFV und EUR 17,50 im SPNV berechnet, unabhängig von der Höhe des Fahrpreises. Die Nutzung für Teilstrecken wird angerechnet.[443] Für die Fälle, in denen die Beförderungsbedingungen nichts anderes bestimmen, sieht die EVO ergänzend vor, dass der Reisende zur Zahlung eines erhöhten Fahrpreises in Höhe des Doppelten des gewöhnlichen Fahrpreises für die vom Reisenden zurückgelegte Strecke, mindestens aber EUR 60, verpflichtet ist, wenn er bei Antritt der Reise nicht mit einem gültigen Fahrausweis versehen ist, einen solchen Fahrausweis bei einer Prüfung der Fahrausweise nicht vorzeigen kann, oder seinen Fahrausweis nicht ordnungsgemäß entwertet oder aufbewahrt oder bei der Prüfung der Fahrausweise unaufgefordert dem Kontrollpersonal meldet, dass vor Antritt der Reise ein gültiger Fahrausweis mangels eines funktionierenden Fahrkartenschalters oder Fahrkartenautomats nicht gelöst werden konnte.[444] Ein Reisender, der einen Zug vorsätzlich ohne gültigen Fahrschein nutzt, macht sich sogar strafbar.[445]

296. Das Ziel dieser Regelungen ist es augenscheinlich, Reisende dazu anzuhalten, eine Fahrkarte bereits vor der Fahrt zu kaufen und Leistungen wie Umtausch und Stornierung nach Möglichkeit nicht in Anspruch zu nehmen. Im Bahnverkehr ist es allerdings faktisch durchaus schwieriger als in anderen regulierten Netzindustrien (Post, Telekommunikation), einen Kunden ohne vorab gezahltes Entgelt an der Inanspruchnahme von Leistungen zu hindern (Schwarzfahrerproblem). Eine gewisse Parallele ergibt sich allenfalls zum Energiebereich, wo die Entziehung elektrischer Energie ohne Bezahlung (Stromdiebstahl) ebenfalls unter Strafe steht.[446]

297. Die Regelungen der EVO begegnen Bedenken nach Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 102 lit. a AEUV.[447] Hiernach dürfen die Mitgliedstaaten in Bezug auf öffentliche Unternehmen keine Maßnahmen treffen oder beibehalten, die im Fall eines

---

[440] Dazu Gesetzentwurf des Bundesrates, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Allgemeinen Eisenbahngesetzes, Drucksache 16/4198 vom 31. Januar 2017.

[441] Verordnung 1371/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über die Rechte und Pflichten der Fahrgäste im Eisenbahnverkehr, ABl. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 14.

[442] DB Fernverkehr AG, Beförderungsbedingungen Deutsche Bahn AG, Ausgabe vom 09.12.2018, Aktualisierter Stand vom 15.04.2019, Ziff. 3.8.2.

[443] DB Fernverkehr AG, Beförderungsbedingungen Deutsche Bahn AG, Ausgabe vom 09.12.2018, Aktualisierter Stand vom 15.04.2019, Ziff. 4.2.

[444] § 12 i. V. m. § 9 Abs. 1 EVO.

[445] §§ 263, 265a StGB.

[446] § 248c StGB.

[447] Die Bedenken entfallen auch nicht von vornherein deshalb, weil die EVO eine dem Wortlaut nach allgemeinverbindliche Regelung trifft. Die EVO ist nicht nur besonders auf die Belange der DB-Gruppe abgestimmt, sondern die DB-Gruppe hat als marktbeherrschendes Unternehmen auch gemäß Art. 102 AEUV eine besondere Verantwortung für den Wettbewerb; vgl. einerseits, EuGH, Urteil vom 4. Mai 1988, 30/87 – Bodson/Pompes funèbres des régions libérées, Slg. 1988, S. 2479, ECLI:EU:C:1988:225, Rz. 3, 32-34 (dort zu einem gesetzlich erzwungenen Vertrag) und andererseits EuGH, Urteil vom 9. November 1983, 322/81 – Michelin, Slg. 1983, 3461, Ls. 10 und Rz. 57; Monopolkommission, Sondergutachten 68, a.a.O., Tz. 527. Im Übrigen dürfte sich eine Verpflich-

marktbeherrschenden Unternehmens in der Erzwingung von unangemessenen Einkaufs- oder Verkaufspreisen oder sonstigen Geschäftsbedingungen bestehen. Wenn die Regelungen der EVO nicht existieren würden, wäre die DB-Gruppe in den betreffenden Fällen wohl nicht berechtigt, im Rahmen Allgemeiner Geschäftsbedingungen (AGB) die Zahlung eines erhöhten Fahrpreises in Höhe des Doppelten des gewöhnlichen Fahrpreises zu verlangen.[448] Im Rahmen von Art. 102 lit. a AEUV ist ein Preis nach der europäischen Rechtsprechung unangemessen überhöht und damit missbräuchlich, wenn er in keinem angemessenen Verhältnis zu dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung steht.[449] Die Zielsetzung, einem Unternehmen die Möglichkeit zu geben, von Fahrgästen ohne Fahrschein ein Entgelt zu erzwingen, ist demgegenüber kein anerkannter Gesichtspunkt der Entgeltbemessung. Die Durchsetzung des strafrechtlichen Verbots der Leistungserschleichung ist vielmehr grundsätzlich Aufgabe des Staates. Wenn Unternehmen ein solches Verbot selber durchsetzen, sollten die aus der Durchsetzung folgenden Erträge zumindest an den Staat fließen und nicht bei den Unternehmen verbleiben. Die bestehende Regelung ist auch deshalb fragwürdig, weil der erhöhte Fahrpreis zunächst unabhängig davon anfällt, ob die Fahrgäste die Bahn vorsätzlich oder unvorsätzlich ohne Fahrausweis nutzen.[450]

298. Die Wirksamkeit der pauschalen Aufpreisregelung für den Fahrkartenerwerb in Zügen des SPFV und der pauschalen Bearbeitungsentgelte für Umtausch und Stornierung im SPFV und SPNV ist in Anbetracht der marktbeherrschenden Stellung der DB-Gruppe als unternehmerische Maßnahme nach Art. 102 lit. a AEUV zu hinterfragen. Den genannten Aufpreis- und Bearbeitungsentgelten steht keine erkennbar gleichwertige Leistung der DB-Gruppe gegenüber.[451] Daher ist schon fraglich, ob solche Entgelte nach zivilrechtlichen Grundsätzen in AGB wirksam vereinbart werden können.[452] Die aufsichtsbehördliche Genehmigung würde an einer zivilrechtlichen Unwirksamkeit nichts ändern.[453] Die Frage der zivilrechtlichen Wirksamkeit kann hier jedoch dahinstehen, da das Verbot der missbräuchlichen Preisüberhöhung nach Art. 102 lit. a AEUV jedenfalls sowohl nationalem Zivilrecht als auch der nationalen Eisenbahnregulierung vorgeht.

299. Die fraglichen Regelungen erscheinen auch nicht ohne Weiteres gemäß Art. 106 Abs. 2 AEUV erforderlich, weil andernfalls eine Bereitstellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen durch die DB-Gruppe nicht zu gewährleisten wäre.[454] Es ist schon fraglich, ob die DB-Gruppe als Eisenbahnverkehrsunternehmen über den SPFV hinaus mit solchen Leistungen betraut ist.[455] In Hinblick auf die Regelungen der EVO ist des Weiteren zu bedenken, dass einer vorsätzlichen Leistungserschleichung durch eine konsequente Strafverfolgung ebenfalls vorgebeugt werden kann. In Bezug auf Fahrgäste, welche die Bahn unvorsätzlich ohne den erforderlichen Fahrausweis nutzen, kann nicht schlechthin unterstellt werden, dass sie zum Fahrkartenerwerb nicht bereit sind. Zum Schutz eines wirtschaftlichen Bahnbetriebs lassen sich im SPNV Zugangsschranken mit Entwertungsmechanismus oder andere digitale bzw. technische Lösungen nutzen. Alternativ bleibt die Möglichkeit, den Fahrgästen wie früher die Gelegenheit zum Fahrkartenerwerb im Zug (beim Zugbegleiter/am Automaten) zu geben. Im SPFV und zumindest teilweise in Bussen der DB-Gruppe können Fahrausweise ohnehin auch

---

tung für den Bund, beherrschenden Unternehmen keine überhöhten Entgelte vorzuschreiben, auch aus Art. 102 lit. a AEUV i. V. m. Art. 4 Abs. 3 AEUV ableiten lassen.

448 Vgl. Ellenberger in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, § 138 Rz. 67 m. weit. Nachw. (objektives Wuchergeschäft); einschränkend aber Grüneberg, ebenda, § 309 Rz. 35 (Verhinderung von Leistungserschleichung zivilrechtlich zulässig).

449 EuGH, Urteil vom 14. Februar 1978, 27/76 – United Brands, Slg. 1978, 207, ECLI:EU:C:1978:22, Rz. 248/257.

450 Der erhöhte Fahrpreis kann sich allerdings nachträglich auf EUR 7 ermäßigen, wenn der Reisende innerhalb einer Woche ab dem Feststellungstag bei einem Bahnhof der befördernden Eisenbahn nachweist, dass er im Zeitpunkt der Feststellung Inhaber eines gültigen Fahrausweises war (§ 12 Abs. 3 EVO).

451 Wenn ein Zugbegleiter vorhanden ist, um einen Fahrausweis gegen Entgelt

452 Vgl. § 308 Nr. 7 BGB (unangemessen hohe Vergütung bzw. unangemessen hoher Aufwendungsersatz); bezüglich des Aufpreises im SPFV auch § 309 Nr. 5, 6 BGB (Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen; Vertragsstrafe).

453 BGH NJW 11, 1801; siehe auch Grüneberg in: Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 78. Aufl. 2019, Überbl v § 305 Rz. 19.

454 Vgl. EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533, ECLI:EU:C:1993:198, Rz. 16; ebenso EuGH, Urteil vom 25. Juni 1998, C-203/96 – Chemische Afvalstoffen Dusseldorp, Slg. 1998, I-4075, ECLI:EU:C:1998:316, Rz. 65; Urteil vom 23. Oktober 1997, C-157/94 – Niederlande/Kommission, Slg. 1997, I-5699, ECLI:EU:C:1997:499, Rz. 52; Urteil vom 21. September 1999, C-67/96 – Albany, Slg. 1999, I-5751, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 107.

455 Vgl. Art. 87e Abs. 4 GG („soweit diese nicht den Schienenpersonennahverkehr betreffen“).

nach Fahrtantritt erworben werden (u. U. gegen Aufpreis). Diese Möglichkeit besteht grundsätzlich ebenso im nicht schienengebundenen ÖPNV. Es ist von daher nicht erkennbar, weshalb im SPNV etwas anderes gelten muss.

300. Davon abgesehen ist kritisch zu sehen, dass die Regelungen der EVO und die Aufpreisregelungen in den Beförderungsbedingungen auch nur lückenhaft durchgesetzt werden. Im SPNV ist das Zugbegleitpersonal mittlerweile in einem Umfang eingespart worden, der grundsätzlich keine systematischen Fahrausweiskontrollen mehr erlaubt. Die DB-Gruppe setzt stattdessen aber auch keine technischen Mittel (Zugangsschranken o. ä.) ein, um eine (gegebenenfalls unvorsätzliche) Nutzung des SPNV ohne Fahrausweis zu verhindern. Im SPFV werden Fahrausweiskontrollen bei Verspätungen erfahrungsgemäß reduziert und demgemäß auch keine Fahrkarten gegen Aufpreis verkauft. Die Bearbeitungsentgelte für Umtausch und Stornierung werden zwar durchgesetzt, erscheinen aber im Grunde willkürlich bemessen.

301. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass die EVO und die Beförderungsbedingungen der DB-Gruppe, soweit sie gegen Art. 106 Abs. 1 i. V. m. Art. 102 lit. a AEUV bzw. Art. 102 lit. a AEUV verstoßen, unwirksam sind. In Anbetracht der praktischen Bedeutung der betreffenden Bestimmungen bzw. Beförderungsbedingungen wäre eine baldige kartellbehördliche oder gerichtliche Überprüfung wünschenswert.

4.1.3.6 Verzerrungen bei der Einnahmenaufteilung vermeiden

302. Die Einnahmesituation der Betreiber des SPNV und der DB-Gruppe im SPFV aus Fahrkartenverkäufen ist im Rahmen der Tarif- und Vertriebskooperationen auszugleichen. Dasselbe gilt für sonstige Mehreinnahmen und finanzielle Ansprüche aus überobligatorischen Belastungen. Hierfür haben die Eisenbahnverkehrsunternehmen, Aufgabenträger und Verkehrsverbünde gewisse Einnahmeaufteilungsverfahren entwickelt, welche sich teils gravierend unterscheiden und, abhängig von ihrer Ausgestaltung, Verzerrungen begünstigen.

303. Problematisch erscheint das Einnahmeaufteilungsverfahren für Beförderungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen, welche sich nicht auf einen Verkehrsverbund oder einen Ländertarif beziehen. Die Einnahmen und Ansprüche aus diesen Fahrscheinen werden über eine zentrale Abrechnungsstelle den einzelnen Eisenbahnverkehrsunternehmen zugeordnet. Diese Abrechnungsstelle ist derzeit innerhalb der DB-Gruppe verankert. Das Aufteilungsverfahren entspricht einem Anspruchsverfahren, das von der DB Regio AG bedient wird. Es sieht vor, dass die DB Fernverkehr AG wie auch die nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen ihre Ansprüche gegenüber der Abrechnungsstelle geltend machen. Diese basieren nach wie vor auf Fahrgastzählungen und -befragungen, wodurch das Aufteilungsverfahren im Allgemeinen sehr zeitaufwendig ist und Abrechnungen nur mit hohen Zeitverzögerungen möglich sind. Aus Sicht der Eisenbahnverkehrsunternehmen und insbesondere neuer Unternehmen ergeben sich durch das Verfahren zusätzliche finanzielle Risiken.

304. Die asymmetrische Struktur des Verfahrens durch die Ansiedlung bei der DB Regio AG ergibt weitere Verzerrungen für den Markt. Während die nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen Einnahmen auf Basis statistischer Erhebungen ausgezahlt bekommen, ist es nicht nachzuvollziehen, ob die DB Regio AG gegebenenfalls zu hohe oder zu niedrige Einnahmen aus der Aufteilung erhält. Da die Ansprüche gegenüber den anderen Unternehmen nicht öffentlich gemacht werden müssen, ist das Verfahren intransparent und führt gegebenenfalls dazu, dass für die DB Regio AG höhere Regionalisierungsmittel notwendig werden und gegebenenfalls eine Querfinanzierung zu Gunsten der DB Fernverkehr AG vorgenommen wird.

305. Die beschriebene Regelung erscheint wettbewerbsrechtlich problematisch, da die DB-Gruppe möglicherweise Vorteile erhält, die andere SPNV-Anbieter nicht erhalten. Zugleich hat die DB-Gruppe als Betreiber der Abrechnungsstelle selbst die Möglichkeit, auf die Einnahmenverteilung Einfluss zu nehmen. Da die DB-Gruppe sowohl auf den verschiedenen betroffenen Märkten im SPFV und SPNV marktbeherrschend ist als auch über eine Schlüsselstellung bei der Abrechnung verfügt, kann eine sachlich ungerechtfertigte Einflussnahme auf die Einnahmeverteilung als Marktmachtmissbrauch gemäß Art. 102 AEUV zu qualifizieren sein. Soweit der Bund aus dem Bundeshaushalt Regionalisierungsmittel bereitstellt, auf welche die DB-Gruppe in sachlich ungerechtfertigter Weise zugreifen kann, ist auch ein Verstoß gegen das Beihilfeverbot des Art. 107 AEUV bzw. die Notifizierungspflicht gemäß Art. 108 Abs. 3 AEUV denkbar. Da die DB-Gruppe staatlich kontrolliert ist, wären die Verstöße gegebenenfalls über Art. 106 Abs. 1 AEUV dem Bund zuzurechnen.

306. Die Länder haben auf die beschriebene Intransparenz bereits mit einem eigenen Einnahmenaufteilungsverfahren reagiert. Für die mit dem Ländertarif genutzten Beförderungen können den einzelnen Verkehrsunternehmen bei relationsbezogenen Tickets hierbei Einnahmen aus den Fahrpreisen auch ohne Fahrgastzählungen zugeordnet werden. Beispielsweise ist es anhand der Vertriebsdaten und Kaufzeiten möglich, die gekaufte Fahrkarte einem spezifischen Anbieter zuzuordnen. Dem jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen wird so der einzelne Fahrpreis im Aufteilungsverfahren gutgeschrieben. Bei nicht-relationsbezogenen Fahrkarten, beispielsweise dem Niedersachsenticket, werden wegen der fehlenden Zuordnungsmöglichkeit weiterhin Ansprüche über Fahrgasterhebungen der Eisenbahnverkehrsunternehmen kalkuliert, und gegenüber einer landesspezifischen, neutralen Clearingstelle geltend gemacht. Die Clearingstelle verrechnet die Einnahmen und Ansprüche für alle beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen gleichermaßen.

307. Die Monopolkommission empfiehlt entsprechend dem Beispiel der Ländertarife auch für die Verrechnung überregionaler Beförderungsangebote eine neutrale Abrechnungsstelle einzuführen. Diese Aufgabe könnte von dem bundesweiten Tarifverbund übernommen werden. Das zentrale Einnahmeaufteilungsverfahren sollte für alle Unternehmen in gleicher Weise Anwendung finden. Sofern Einnahmen entsprechend den Vertriebsmöglichkeiten und gegebenenfalls entsprechend der Fahrkartenart einzelnen Unternehmen zugeordnet werden können, sollten diese direkt verrechnet werden. Technisch dürfte die Umsetzung unproblematisch sein. Zudem dürfte es zukünftig möglich sein, die tatsächlichen Bewegungsprofile der Fahrgäste anonymisiert zu erfassen und somit zu einer Einnahmenaufteilung zu gelangen, die die tatsächliche Beförderungsleistung besser abbildet. Dies könnte über eine technische Schnittstelle, beispielsweise ähnlich zu der Initiative Mobility Inside, erfolgen und neutral für alle beteiligten Unternehmen in gleicher Weise ausgestaltet werden. Auch die zugehörige Datenverarbeitung sollte dabei neutral und transparent gestaltet werden. Jedes Unternehmen sollte Zugriff auf die eigenen Vertriebszahlen bekommen, da sich durch die Auswertung der Vertriebsdaten Auswirkungen auf die Ausschreibungen und Streckenanmeldungen für den Betrieb der Eisenbahnverkehrsunternehmen beispielsweise im SPNV ergeben. Ein Datenzugriff, bei welchem die Eisenbahnverkehrsunternehmen asymmetrisch über die eigenen sowie die Daten der Konkurrenten informiert sind, wäre nach Art. 101 AEUV (gegebenenfalls i. V. m. Art. 106 Abs. 1 AEUV) wettbewerbsrechtlich problematisch, würde verzerrende Auswirkungen auf die Ausschreibungen ermöglichen und sollte daher verhindert werden.

4.1.3.7 Tarifgenehmigung vereinheitlichen

308. Die Tarif- sowie Genehmigungspflicht wurde mit der Bahnreform eingeführt und sollte tarifpolitisch für gleichmäßige und volkswirtschaftlich vertretbare Tarife für alle Eisenbahnen sorgen und diese zudem den Bedürfnissen des Verkehrs, der Wirtschaft und der Verkehrsträger anpassen.[456] § 12 Abs. 2 AEG betrifft dabei alle öffentlichen Eisenbahnverkehrsunternehmen im Schienenpersonenverkehr und ist auf diese anzuwenden. Hiermit geht das Eisenbahngesetz über weitere regulierte Bereiche hinaus, welche vorrangig die Unternehmen in der Genehmigungspflicht sehen, welche über eine erhebliche Marktmacht verfügen.[457] Der mit der Genehmigungspflicht verbundene Markteingriff im Post- sowie Telekommunikationsmarkt, die nur marktmächtige Unternehmen trifft, begründet sich beispielsweise dadurch, dass die über erhebliche Marktmacht verfügenden Nachfolgeunternehmen der Staatsunternehmen in ihrem Handlungsspielraum begrenzt werden sollten, um die Ausnutzung der erheblichen Marktmacht bei der Preisfestsetzung zu verhindern. Im Schienenpersonenverkehr kann die Genehmigungspflicht hingegen mit der Versorgung der Bevölkerung mit Verkehrsleistungen zu weitgehend einheitlichen und erschwinglichen Tarifen begründet werden.[458]

309. Für die Genehmigung der Tarife im Schienenpersonenverkehr sind unterschiedliche Tarifgenehmigungsbehörden zuständig. Gemäß § 12 Abs. 3 S. 4 AEG liegt die Tarifhoheit bei Entgelt- und Beförderungsbedingungen bundeseigener EVUs, welche im SPFV tätig sind, beim Bund. Alle weiteren Tarife werden von den Ländern genehmigt. Die Zuständigkeit auf Länderebene wird dabei grundlegend durch § 5 Absatz 4 AEG bestimmt und sieht vor, dass Tarife von EVUs des SPNV von der Tarifgenehmigungsbehörde des Landes kontrolliert werden, in welchem das EVU seinen Sitz hat. Bei Verkehrs-

---

[456] Gerstner im Beckschen Kommentar, A. I.S. 603.

[457] Hinweis auf das Post- und Telekommunikationsgesetz.

[458] Vgl. Gerstner, ebenda.

oder Tarifverbünden ist die von der Landesregierung bestimmte Behörde des Landes zuständig, in welchem der jeweilige Verbund seinen Sitz hat.[459]

310. Aus den aufgegliederten Zuständigkeiten der Tarifgenehmigung können für die Eisenbahnverkehrsunternehmen verzerrende Wirkungen entstehen. Dies wird insbesondere am Fernverkehr deutlich, da die Tarifgenehmigung für bundeseigene Eisenbahnen beim Bund verankert ist, während Tarife von Wettbewerbern im SPFV durch die Länder genehmigt werden. Auch wenn aus der gesonderten Zuständigkeit derzeit keine Probleme entstehen sollten, so ist die Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen bundes- und nichtbundeseigenen Verkehrsunternehmen hier nicht ersichtlich. Im Fernverkehr stellt die Tarifierung, insbesondere die Preissetzung, einen bedeutenden Wettbewerbsparameter dar und nimmt entsprechend dem eigenwirtschaftlichen Interesse der SPFV-Unternehmen einen besonderen Stellenwert bei diesen ein. Um eine einheitliche Tarifgenehmigung im Fernverkehr durch die Zuständigkeiten nicht zu verzerren, ist zu empfehlen, die Zuständigkeit für alle EVUs im SPFV hinsichtlich der Tarifgenehmigung einer einzigen Behörde zuzuordnen, sodass die Zuständigkeit jeweils den Landesgrenzen überschreitenden Verkehren und dem eigenwirtschaftlichen Interesse der Fernverkehrsunternehmen gerecht wird. In einem Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Änderung beförderungsrechtlicher Vorschriften im Eisenbahnbereich ist vorgesehen, die Zuständigkeit bzgl. Tarifen in § 5 Absatz 4 AEG zu ergänzen, sodass die Tarifgenehmigung im SPFV dem Bund, d. h. dem BMVI, obliegt.[460] Diese Änderung würde die Ungleichbehandlung der DB Fernverkehr AG im Vergleich zu nicht-bundeseigenen EVUs, welche Fernverkehrsleistungen anbieten, beheben. Die Monopolkommission unterstützt diese Neuregelung der Zuständigkeiten.

311. Auch im SPNV könnten sich durch die Entwicklungen der Tariflandschaft Verzerrungen hinsichtlich der Genehmigung ergeben. Diese sind insbesondere bei Verkehrsleistungen möglich, welche von einem Verkehrsunternehmen erbracht werden, dessen Sitz nicht in dem Bundesland der Erbringung der Verkehrsleistung liegt. So müssen Verkehrsunternehmen in dem Bundesland ihre Tarife anmelden, in dem ihr Sitz ist, auch wenn die Beförderungsleistung entsprechend der Ausschreibungen der Aufgabenträger in einem anderen Bundesland erfolgt. Auch wenn Genehmigungsbehörden ihre Entscheidungen nach Anhörung der vom Anwendungsbereich der Tarife berührten Länder abhängig machen, so ist mit § 5 Abs. 4 S. 3 AEG nicht geklärt, dass die rechtliche Auslegung von Tarifen von den Behörden auch immer gleich beurteilt wird bzw. zu einem einvernehmlichen Ergebnis führen muss. Demgemäß könnten EVUs im SPNV durch die Auslegung von Tarifen, welche nicht von einem Verkehrs- oder Tarifverbund vorgegeben werden, durch die Genehmigungspflicht in ihrer Handlungsweise gegenüber Wettbewerbern eingeschränkt werden.

312. Fraglich ist in diesem Zusammenhang auch, ob es sich bei Ländertarifen um Verkehrs- bzw. Tarifverbünde handelt. Werden die Tarife als Verkehrs- oder Tarifverbund gewertet, wird der Tarif für die ihn anwendenden Eisenbahnverkehrsunternehmen einheitlich bei der ansässigen Genehmigungsbehörde zugelassen. Falls jedoch Ländertarife abweichend nicht zu den Verbünden gerechnet werden, so müssen für die Genehmigung eines einzelnen Landestarifes prinzipiell alle Genehmigungsbehörden der Bundesländer angehört werden, in deren Bundesländern sich der Sitz der am speziellen Landestarif beteiligten Eisenbahnverkehrsunternehmen befindet. Die Wahrnehmung der Aufgaben eines Landes bei der Tarifgenehmigung hängt somit von der Ausgestaltung der Verkehrsdienste in weiteren Bundesländern ab, obwohl die Zuständigkeiten bzgl. Eisenbahnleistungen auf die Länder eindeutig verteilt sein sollten. Hinsichtlich der Unterscheidung der Genehmigung von Verkehrsverbünden und Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPNV wird jedoch auch ein praktisches Problem deutlich. Fahrgäste können eine spezifische Nahverkehrsfahrt mit einem Verbund- oder Länderticket wahrnehmen, oder gegebenenfalls mit dem unternehmenseigenen Tarif, sollte die Fahrt über den Bereich eines Verbundes oder Landes hinausgehen. Die Zuständigkeit für die Genehmigung der Tarife kann sich, wie bereits beschrieben, auf mehrere Behörden beziehen und die Tarife können grundsätzlich auch unterschiedlich umfänglich aufgebaut sein. Hierdurch wird jedoch für das Eisenbahnverkehrsunternehmen die Überprüfung und Einhaltung der Beförderungsbedingungen erschwert. Schließlich könnten sich diese bei den Fahrgästen abhängig von dem gekauften Fahrschein unterscheiden.

---

[459] Ferner geht § 5 Abs. 4 AEG jedoch nicht auf die spezifische Zuordnung der Tarifgenehmigung von nicht-bundeseigenen EVUs ein, welche Dienstleistungen im SPFV anbieten. Für diese Verkehrsunternehmen ist gesetzlich ausschließlich geregelt, dass die Länder für die Tarifgenehmigungen verantwortlich sind.

[460] Gesetzentwurf, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung beförderungsrechtlicher Vorschriften im Eisenbahnbereich, BT-Drs. 19/7837 vom 18. Februar 2019.

313. Um die potenziell unterschiedlich ausgelegten Genehmigungsvoraussetzungen sowie daraus gegebenenfalls resultierende Wettbewerbsverzerrungen im SPNV zu vermeiden, empfiehlt die Monopolkommission, das Genehmigungsverfahren zu überarbeiten und hierbei die Zuständigkeit der Tarifgenehmigung abhängig von der Region zu machen, in welcher die Verkehrsleistung erbracht wird. Sofern die Leistungen Ländergrenzen überschreiten, sollte die Genehmigungshoheit bei der Behörde liegen, in deren Region der größere Anteil der Beförderungsleistung liegt, wobei die betroffenen Behörden weiterhin angehört werden sollten. Für den deutschlandweiten Verkehrs- und Tarifverbund sollte ferner die von der Bundesregierung bestimmte Behörde zuständig sein.[461] Durch eine solche Umgestaltung der Tarifgenehmigung würden Unterschiede bei Genehmigungen von SPNV-Tarifen innerhalb einer Region vermieden. Bei einer Überarbeitung des § 12 AEG sollte zudem überprüft werden, inwiefern die Tarifgenehmigung in der derzeitigen Form überhaupt noch weiter erforderlich ist. Die mit der Definition von Tarifen einhergehende Koppelung der Beförderungsbedingungen an die Preise für Verkehrsleistungen erscheint bei der sich weiter ausdehnenden Tariflandschaft und den Marktentwicklungen nicht mehr passend, da sie mit vielen praktischen Problemen verbunden sind. Eine getrennte Berücksichtigung von Preisen von Verkehrsleistungen und weiteren Beförderungsbestandteilen, welche sich dann jedoch auf alle Fahrten eines bestimmten Anbieters in einer Region beziehen, könnte sinnvoll sein. Hierdurch könnten praktische Probleme eingeschränkt werden.

4.2 Daten und Digitalisierung

4.2.1 Verbesserungspotenzial auf Eisenbahnmärkten

314. Informationen und deren Weitergabe zwischen Infrastruktur- und Eisenbahnverkehrsunternehmen spielen eine wichtige Rolle, um Verkehrsleistungen zu generieren und plangemäß anbieten wie auch nutzen zu können. Einerseits sind statische Informationen notwendig, welche sich auf das Schienennetz und dessen spezielle Nutzungsbedingungen, wie auch auf besondere Anforderungen an das rollende Material oder auf Besonderheiten an Bahnhöfen beziehen können. Andererseits sind für den Betrieb von Schienenverkehrsleistungen dynamische Daten relevant, welche beispielsweise den aktuellen Fahrplan sowie (kurzfristig) abweichende Fahrwege einschließen.[462] Insbesondere letztere sowie Informationen zu Bahnhöfen werden auch von Fahrgästen benötigt, um Reisen zu planen und rechtzeitig auf Änderungen reagieren zu können.[463]

315. Das Erfassen von statischen wie auch insbesondere dynamischen Daten kann durch Digitalisierungsprozesse vereinfacht werden. Im Eisenbahnbereich sind datenbasierte Anwendungen bislang noch nicht so stark ausgeprägt wie in anderen Sektoren. Die allmählich erst erfolgende Umsetzung von Digitalisierungstechniken lässt sich an den im Verhältnis relativ langen Entwicklungszeiten sowie den aufwendigen Zulassungsverfahren im Eisenbahnbereich begründen, wodurch eine kurzfristige Umsetzung von Digitalisierungsprozessen erschwert wird.[464]

316. Langfristig ist jedoch damit zu rechnen, dass ein noch größeres Maß an Informationen und insbesondere an Echtzeitdaten erfasst sowie zeitnah ausgewertet werden kann. Dies wird beispielsweise über das europäische Zugbeeinflussungssystem European Train Control System (ETCS) möglich, über welches eine Verbesserung der Sicherheitstechnik wie auch aktuellere Informationen über Zugläufe (d. h. beispielsweise über vorausfahrende Züge, Anpassungen der Geschwindigkeit und Bremswege) zu erwarten sind.[465] Über dieses und andere Systeme können eine Vielzahl von Informa-

---

[461] Vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 133.

[462] Vgl. Stoffregen, M., (Big) Data auf der Schiene – diskriminierungsfrei bitte!, März 2019, Präsentation.

[463] Die DB AG hat Informationen zu Bahnhöfen innerhalb von Projekten zur Reisendeninformation einerseits hinsichtlich Barrierefreiheit an Bahnhöfen und andererseits hinsichtlich einer verbesserten Fahrgastinformation an Bahnhöfen neu aufgenommen. Diese Informationen sind Teil der Transportunternehmen und sollen den Wettbewerbern im Personenverkehr nicht zur Verfügung gestellt worden sein. Zu den Projekten und ihren Inhalten vgl. https://www.dbnetze.com/infrastruktur-de/Kundeninformationen/2017_27_RI_der_Zukunft-1443496, Abruf am 4. Juni 2019. Vgl. auch Stoffregen, M., ebenda.

[464] Bundesnetzagentur, Daten als Wettbewerbs- und Wertschöpfungsfaktor in den Netzsektoren - Eine Analyse vor dem Hintergrund der digitalen Transformation, Bonn 2018, S. 107 und 111. Zu den langen Zulassungsverfahren im Eisenbahnbereich, vgl. auch Abschnitt 3.6.

[465] DB Netz AG, European Train Control System (ETCS) bei der DB Netz AG, 2014.

tionen erhoben werden. Durch deren systematische Auswertung kann auf Unternehmensseite eine Optimierung bestehender Produktions- und Vertriebsprozesse erzielt werden.

317. Ein Verbesserungspotenzial für Infrastrukturunternehmen ist beispielsweise im Bereich der Wartung und Instandhaltung der Schienenwege zu erwarten. Daten hinsichtlich des Gleismaterials (über den Materialzustand, Auslastung, etc.), aber auch der Stationen (Indoor-Navigation, etc.) und Dienstleistungen (Wartung, etc.) können mittels von den Infrastrukturbetreibern eigens angewendeter Techniken erhoben werden. Auch bezüglich des Betriebs zeichnet sich ein Verbesserungspotenzial durch die Nutzung individueller Sensortechniken ab. Zusätzliche Daten können vor allem bestehende Produktionsprozesse bei Eisenbahnverkehrsunternehmen optimieren, indem sie zu Kosteneinsparungen wie auch zu Produktentwicklungen und -innovationen genutzt werden können.[466]

318. Datenstandards bei der Erhebung spezifischer Daten (beispielsweise die Nutzung von Telematikanwendungen, TAF/TAP TSI bei Fahrplaninformationen im Schienenverkehr) können zu zusätzlichen Verbesserungen führen, indem mehrere Akteure (Infrastrukturbetreiber und Eisenbahnverkehrsunternehmen, Verkehrsverbünde und Aufgabenträger) im Rahmen des wettbewerbsrechtlich Zulässigen auf die Daten zugreifen und diese in einer für sie geeigneten Weise auswerten könnten.[467] Automatisierte Weiterleitungen von Informationen, beispielsweise von Zügen an Infrastrukturbetreiber oder auch an Wartungseinrichtungen, können zu weiteren Vorteilen und Kosteneinsparungen führen. Datenstandards bestehen bereits bei Online-Fahrplanauskunftssystemen, bei Anwendungen zur Emissionsberechnung und bei webbasierten Buchungen. Auch im Güterverkehr werden Standards immer wichtiger, beispielsweise bei Entwicklungen von Schnittstellen für Buchungen aus speditionseigenen IT-Systemen, durch welche unter anderem die Verknüpfung von Straßengüter- mit Schienengütertransporten verbessert werden kann.[468] Die Zusammenführung von Sensordaten aus vernetzten Fahrzeugen kann zudem verbesserte Verkehrsprognosen ermöglichen.[469]

4.2.2 Diskriminierungsfrei Datenzugang gewähren

319. Die DB Netz AG sammelt und verwaltet Infrastrukturdaten. Dabei handelt es sich insbesondere um Informationen über die Infrastruktur, aber auch um Informationen zu deren Nutzung – nicht nur von den DB-eigenen Transportunternehmen, sondern auch von der Konkurrenz. Die Tatsache, dass eine hohe Masse an Informationen aus den unterschiedlichen vor- und nachgelagerten Ebenen der Erstellung von Eisenbahnverkehrsleistungen bei den Infrastrukturunternehmen der DB AG zusammengefügt und ausgewertet werden, ist aus wettbewerbsrechtlichen Gründen (Art. 101 Abs. 1 AEUV) im Allgemeinen nicht kritisch zu sehen.[470] Problematisch wäre, wenn die Transportunternehmen der DB-Gruppe auf strategische Informationen zugreifen könnten, welche insbesondere auch die Wettbewerber auf den Transportmärkten betreffen und welche diesen jedoch nicht zur Verfügung stehen.[471]

320. Im Allgemeinen können durch die Datenerfassung und -auswertung umfangreiche Skalen- und Verbundvorteile entstehen. Die DB-Gruppe ist als einzige in der Lage, besonders große Datenmengen zu sammeln (economies of scale) als auch Datenmengen aus der Infrastruktur, den Verkehrsleistungen sowie weiteren vor- oder auch nachgelagerten Bereichen zusammenzuführen (economies of scope). Beide Effekte können potenzielle Wettbewerbsvorteile hervorrufen, insbesondere für die Tochterunternehmen der DB-Gruppe. Durch die große Menge an Daten, welche die DB-Gruppe sammelt und auswertet, könnte diese beispielsweise eigene Produkte und Dienstleistungen gezielt verbessern, was Wettbewerbern durch fehlende Kenntnis spezifischer Informationen nicht möglich ist. Zudem ist zu befürchten,

---

[466] Vgl. BNetzA, Digitale Transformation in den Netzsektoren - Aktuelle Entwicklungen und regulatorische Herausforderungen, Bonn, 2017, S. 80, ff.

[467] Für die technische Spezifikation zur Interoperabilität siehe beispielsweise https://www.dbnetze.com/infrastruktur-de/Kundeninformationen/2017_28_Umsetzung_TAF-1443118, Abruf am 25. Juni 2019.

[468] Vgl. NEE, Studie 35, Güterverkehrsverlagerung aus Betreibersicht, Berlin, 2019, S. 35.

[469] Vgl. BNetzA, ebenda, S. 25.

[470] Vgl. BNetzA, ebenda.

[471] Die DB AG bietet über das sogenannte „Open-Data-Portal“ spezifische Informationen zu Infrastruktur und Mobilität an, vgl. https://data.deutschebahn.com/. Marktteilnehmer bemängeln jedoch, dass die DB AG keinen Zugang zu spezifischen wettbewerbsrelevanten Informationen bietet. In diesem Kontext wird insbesondere ein fehlender Zugang zu Echtzeitdaten diskutiert.

dass die DB-Gruppe die Datennutzung über das wettbewerbsrechtlich zulässige Maß (Art. 102 AEUV) durch Dritte ausschließt. Durch Datenexklusivität ist es möglich, dass zusätzliche Markteintrittsbarrieren für Wettbewerber geschaffen werden. Beispielsweise könnten spezifische Informationen, über welche ausschließlich die DB-Gruppe verfügt, den nicht-bundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen Nachteile bei der Trassenanmeldung, bei Ausschreibungen im SPNV (insbesondere bei Nettoverträgen) bzw. bei Verkehrsverträgen schaffen. Nachteilig können sich Informationsvor-/nachteile einiger Marktakteure auf Trassenanmeldungsverfahren auch im Fernverkehr auswirken sowie auf den Vertrieb und die Informationsbereitstellung für Kunden und Fahrgäste.

321. Informationen werden nicht verbraucht und können mehrfach genutzt werden, insbesondere auch von anderen Unternehmen für gleiche bzw. ähnliche Analysen oder auch auf nach- oder vorgelagerten Märkten für weitere Analysen. Deshalb sollten solche Daten im Zweifel im Rahmen des wettbewerbsrechtlich Zulässigen (Art. 101 AEUV) diskriminierungsfrei allen Marktteilnehmern zur Verfügung gestellt werden. Hinsichtlich eines Großteils der von der DB-Gruppe erfassten Daten kann ohnedies hinterfragt werden, ob es sich bei diesen nicht um wesentliche Informationen und somit um eine „essential facility" im Sinne des Art. 102 AEUV bzw. § 19 Abs. 2 Nr. 4 GWB handelt. Datensammlungen können als essential facility einen Zugangsanspruch auslösen, wenn sie weder duplizierbar noch substituierbar ist, so dass ohne den Zugang zu der wesentlichen Einrichtung eine Tätigkeit auf einem nachgelagerten Markt nicht möglich ist.[472] Die Rechtsprechung stellt allerdings grundsätzlich hohe Voraussetzungen an die Annahme einer essential facility, insbesondere wenn die betreffenden Informationen rechtlich geschützt sind.[473] Vorliegend führen die von der DB-Gruppe erfassten und exklusiv genutzten Daten nicht dazu, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen generell keine Leistungen auf dem Eisenbahnmarkt bereitstellen können, sondern dass ihnen lediglich eine datenbasierte Verbesserung der Qualität und des Angebots nicht oder nur unter deutlich erschwerten Bedingungen möglich ist. Somit ist zweifelhaft, ob hinsichtlich der Informationen der DB-Gruppe im Eisenbahnbereich tatsächlich von einer wesentlichen Einrichtung auszugehen ist.

322. Fairer Wettbewerb könnte auch dadurch erreicht werden, dass Nachteile, welche sich durch die fehlende Informationsbereitstellung für Wettbewerber ergeben können, vermindert werden. So könnte theoretisch eine selektive Informationsweiterleitung der Infrastruktursparten vertikal integrierter Unternehmen zu den konzerneigenen Transportgesellschaften durch die Errichtung von „Chinese Walls" unterbunden werden. Hierdurch würde eine Nutzung der durch die Infrastrukturunternehmen gesammelten Daten durch die Transportgesellschaften verhindert, wodurch jedoch auch die mit den Digitalisierungsprozessen erwünschten Optimierungspotenziale reduziert würden. Eine bessere Alternative wäre es, den Wettbewerbern der Transportgesellschaften ebenfalls Zugang zu den Infrastrukturdaten zu ermöglichen. Dies kann beispielsweise durch offene Schnittstellen gewährleistet werden. Da Schnittstellen und deren Nutzung durch Dritte derzeit entwickelt werden, bleibt abzuwarten, ob diese ausreichen, um für gleiche Wettbewerbsbedingungen zu sorgen, vgl. Tz. 101. Die Schaffung eines Datenzugangs (auch) für die Wettbewerber der Transportsparten ist der Verhinderung der Informationsweitergabe innerhalb des vertikal integrierten Konzerns insofern vorzuziehen, als jene einerseits für ein „level playing field" zwischen den einzelnen Transportunternehmen sorgt, andererseits aber auch die Entwicklung neuer Angebote, die auf den Infrastrukturdaten basieren, ermöglicht.

323. Fraglich ist, welche Daten der DB-Gruppe den Wettbewerbern zur Verfügung stehen sollten und welche unternehmenseigen bleiben sollten. Die Monopolkommission empfiehlt, dass ein neutraler Akteur die spezifischen Daten nach ihrer Relevanz für Wettbewerb und Markttransparenz kategorisiert. Diese Aufgabe könnte beispielsweise von der Bundesnetzagentur wahrgenommen werden. Sofern die Entwicklung von entsprechenden Schnittstellen sowie eine fehlende Weiterleitung der DB-Gruppe von spezifischen Daten nachgewiesen werden kann, sollten regulierende Maßnahmen bzw. Auflagen erteilt werden können. Da sich Schnittstellen wie auch der Umfang des Datenpools weiterentwickeln, sollte eine Überprüfung in einem gewissen zeitlichen Abstand, beispielsweise alle zwei Jahre, wiederholt werden.

---

[472] Vgl. auch BNetzA, Grundsatzpapier zu Daten als Wettbewerbs- und Wertschöpfungsfaktor in Netzsektoren, S. 37 f. und 101, abrufbar unter https://www.bundesnetzagentur.de/DE/Sachgebiete/Telekommunikation/Unternehmen_Institutionen/Digitalisierung/Grundsatzpapier/grundsatzpapier.html.

[473] EuGH, Urteil vom 6. April 1995, C-241/91 P und C-242/91 P – RTE und ITP (Magill), ECR 1995, I-743, ECLI:EU:C:1995:98; Urteil vom 29. April 2004, C-418/01 – IMS Health, Slg. 2004, I-5039, ECLI:EU:C:2004:257.

4.2.3 Vorteile für die gesamte Mobilitätsbranche nutzen

324. Informationen und ihre Bereitstellung nehmen insbesondere auch verkehrsträgerübergreifend einen immer größeren Stellenwert ein. Nutzer von Verkehrsleistungen haben ein Interesse an Informationen zu ihren gesamten Reisewegen vom Start- zum Zielort. Dabei nutzen sie oftmals diverse Verkehrsmittel, wie beispielsweise die Straßenbahn vom Heimatort zum Bahnhof oder einen Hochgeschwindigkeitszug zum Flughafen, um von dort die Reise per Flugzeug fortzusetzen. Eisenbahnverkehrsunternehmen tragen der „Tür-zu-Tür-Mobilität" Rechnung, indem sie zusätzliche, verknüpfte Angebote in ihren Informationsmedien anzeigen.[474] Zum Teil schaffen sie eigene Angebote für die Bewältigung der Reisestrecken vom Bahnhof zum jeweiligen Zielort.[475] Da diese Tür-zu-Tür-Mobilität alle Verkehrsträger betrifft, haben demgemäß auch alle weiteren Anbieter von Verkehrsinformationen und Dritte (beispielsweise Routenplaner aber auch Vertriebsplattformen) ein Interesse an einer möglichst ausführlichen Informationsbereitstellung, wozu sie die entsprechenden Informationen über die Verkehrsmittel benötigen.

325. Im Straßenverkehr gibt es bereits einen umfangreichen Datenpool, welcher Informationen zu den Straßen und ihrer Auslastung, insbesondere auch Echtzeitdaten, öffentlich zur Verfügung stellt. Diese Entwicklung beruht insbesondere auf der von der Europäischen Kommission geförderten Bereitstellung von europaweiten Verkehrsdaten zur Schaffung intelligenter Verkehrssysteme.[476] Über die europäische PSI-Richtlinie gibt es bereits seit 2003 die Verpflichtung für den öffentlichen Sektor, Daten diskriminierungsfrei Dritten zur Verfügung zu stellen.[477] Gemäß der delegierten Verordnung 2015/962 zur Richtlinie 2010/40/EU und der geplanten Anpassungen der PSI-Richtlinie, werden insbesondere für den Straßenverkehr nationale Zugangspunkte in den EU-Staaten umgesetzt, über welche Dritte Daten zu den Fahrwegen wie auch zu Echtzeitdaten für den Straßenverkehr erhalten sollen. [478] Zur Ergänzung der Richtlinie 2010/40/EU soll die delegierte Verordnung 2017/1926 die Bereitstellung EU-weiter multimodaler Reisedaten ermöglichen. [479] Hierfür sollen auch Daten des Eisenbahnsektors zur Verfügung gestellt werden.

326. Im Eisenbahnbereich gibt es bisher die durchgängige, deutschlandweite elektronische Fahrplaninformation (DELFI). Dabei handelt es sich um einen Datenpool, welcher die Fahrplaninformationen der Nahverkehrsanbieter wie auch Informationen zum Fernverkehr zusammenfügt. Bei den Informationen handelt es sich bisher in erster Linie um fahrplanbezogene Daten, welche von Verkehrsverbünden und Landesnahverkehrsgesellschaften zur Verfügung gestellt werden. DELFI wird von unterschiedlichen Partnern des Nahverkehrs unterstützt, aber auch von der DB Vertrieb GmbH und dem Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur (BMVI). Über DELFI erhalten die Fahrgäste eine bundesweit integrierte Fahrplaninformation. Dritte, etwa Plattformen, die Mobilitätsinformationen anbieten, haben die Möglichkeit, auf die Fahrplaninformationen zuzugreifen, um eigene Dienstleistungen zu erstellen und anzubieten. In dem vom BMVI finanzierten Projekt DELFIplus soll das Informationssystem insbesondere in den Bereichen Architektur, Organisation, Echtzeit, Barrierefreiheit und internationale Standards weiterentwickelt werden.[480]

---

[474] Beispielsweise weitet die DB AG die über ihre Vertriebsmedien verfügbaren Auskünfte über Verbindungen des öffentlichen Nahverkehrs in Städten aus und bietet inzwischen bereits für 27 Verkehrsverbünde Fahrscheine an. Vgl. bahn.de/… Abruf am ….

[475] Wüpper, T., Deutsche Bahn bündelt Mobilitätsdienste, Stuttgarter Zeitung, 5. März 2019.

[476] Richtlinie 2010/40 EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. Juli 2010 zum Rahmen für die Einführung intelligenter Verkehrssysteme im Straßenverkehr und für deren Schnittstellen zu anderen Verkehrsträgern, ABl. EU L 207/1 vom 6. August 2010.

[477] Richtlinie 2003/98/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. November 2003 über die Weiterverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors, ABl. EU L 345/90 vom 31. Dezember 2003.

[478] Delegierte Verordnung (EU) 2015/962 der Kommission vom 18. Dezember 2014 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/40/EU des europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Bereitstellung EU-weiter Echtzeit-Verkehrsinformationsdienste, ABl. EU L 157 vom 23. Juni 2015, S. 21.

[479] Delegierte Verordnung (EU) 2017/1926 der Kommission vom 31. Mai 2017 zur Ergänzung der Richtlinie 2010/40/EU des Europäischen Parlaments und des Rates hinsichtlich der Bereitstellung EU-weiter multimodaler Reiseinformationsdienste, ABl. EU L 272 vom 21. Oktober 2017, S. 1.

[480] Vgl. https://www.delfi.de/projekte, Abruf am 2. Juni 2019.

327. Darüber hinaus können die über DELFI erfassten Informationen zudem für die Auswertungen zu Preisen bei Vertriebsplattformen oder für die Einnahmeaufteilungen zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen genutzt werden.[481] Um ein attraktives Vertriebssystem neben den bestehenden Vertriebsplattformen der DB-Gruppe anbieten zu können, sind insbesondere Echtzeitinformationen relevant.[482] Die umfängliche Einbindung dieser Daten beispielsweise über DELFIplus bleibt abzuwarten.

328. Durch die Erweiterung und Verknüpfung der bereits bestehenden verschiedenen Informationspools lässt sich eine höhere Transparenz über die unterschiedlichen Verkehrsträger hinweg schaffen. Diese sollten nicht nur auf den Straßen- und Schienenverkehr beschränkt bleiben, sondern könnten Informationen zu weiteren Verkehrsträgern integrieren. Die daraus hervorgehende standardisierte und umfangreiche Übersicht über Verkehrsinformationen ermöglicht eine effiziente (kombinierte) Nutzung der Infrastrukturen, indem beispielsweise ein geringerer Zeitverlust erreicht werden kann. Sie kann somit Interoperabilität nicht nur innerhalb einzelner Verkehrsträger, sondern intermodal schaffen. Die Monopolkommission befürwortet daher eine dynamische Weiterentwicklung der öffentlichen Bereitstellung von Mobilitätsdaten, um den Verkehrsträger Schiene und den Mobilitätssektor allgemein zu fördern.

4.3 Wettbewerbsrisiken aufgrund von Beihilfen des Bundes für die Deutsche Bahn-Gruppe

329. Die Monopolkommission sieht Anlass, die bereits im Sechsten Sektorgutachten Bahn 2017 behandelte Frage, wie die Unterstützung des Bundes für die DB-Gruppe beihilferechtlich zu bewerten ist, in Anbetracht der hiermit verbundenen Gefahr von Verzerrungen im sich entwickelnden Bahnverkehrswettbewerb erneut aufzugreifen.[483] Der Bund unterstützt die DB-Gruppe als Alleinaktionär der DB AG unter anderem in den nachfolgenden Formen:

1. Der Bund gewährt Zuschüsse, und zwar auch ohne dass diesen eine konkrete Gegenleistung gegenüberstehen müsste.
2. Der Bund verzichtet ganz oder teilweise auf die Dividenden, deren Ausschüttung er als hundertprozentiger Anteilseigner grundsätzlich verlangen kann.
3. Politische Vertreter des Bundes machen medienwirksame öffentliche Aussagen, die von den Marktteilnehmern als Unterstützung der DB-Gruppe aufgefasst werden können.

330. Die Unterstützung der DB-Gruppe durch den Bund kann ökonomisch sinnvoll sein, aber zugleich den Wettbewerb verzerren. Wenn Zuwendungen des Bundes ohne marktangemessene Gegenleistung der DB-Gruppe bzw. direkt oder auch indirekt den Verkehrsunternehmen und nicht nur der Infrastruktur zugute kommen, können sich Wettbewerbsvorteile für die Verkehrsunternehmen der DB-Gruppe im SPNV, SPFV und SGV ergeben. Zwar lässt das EU-Recht die Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten unberührt.[484] Jedoch sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem EU-Binnenmarkt grundsätzlich unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen. Solche Beihilfen sind nach Art. 107 Abs. 1 AEUV vorbehaltlich einer Rechtfertigung verboten.

331. Außerdem besteht eine Notifizierungspflicht. Wird eine staatliche Beihilfe nicht bei der Europäischen Kommission angemeldet, so wird diese Beihilfe von der Europäischen Kommission nach Art. 108 Abs. 2 AEUV als nicht mit dem Binnenmarkt vereinbar erklärt und muss vom Mitgliedstaat beim Empfängerunternehmen zurückgefordert werden.

332. Die Monopolkommission nimmt die Rechtsposition der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum sechsten Sektorgutachten Bahn 2017 zur Kenntnis, wonach der Bund bei Eigenkapitalerhöhungen und einbehaltenen Gewinnen wie ein privater Investor handelt.[485] Ein solches Verhalten würde einen beihilferechtlich relevanten Vorteil ausschlie-

---

[481] Nach Kenntnis der Monopolkommission nutzen neue Schnittstellenanbieter die Fahrplaninformationen aus DELFI zur Bildung ihrer Vertriebssysteme.

[482] Vgl. Fn. 471.

[483] Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn 2017 (SG 76), a. a. O., Tz. 75 ff.

[484] Art. 345 AEUV.

[485] Bundesregierung , Stellungnahme zu beihilferechtlichen Themen des SG Bahn 2017.

ßen.[486] Selbst wenn die konkreten Maßnahmen auf Ebene der DB AG gemessen am Maßstab eines Private-Investor-Tests unbedenklich sein sollten, verbleibt zumindest ein grundsätzliches Risiko, dass derartige Kapitalmaßnahmen in anderen Fällen beihilferechtlich relevant werden können. Die Monopolkommission macht nachfolgend Empfehlungen, um beihilferechtliche Bedenken in künftigen Fällen von Kapitalerhöhungen (Abschn.4.3.1) und des Dividendenverzichts (Abschn.4.3.2) auszuschließen. Außerdem ergänzt sie ihre früheren Erwägungen zu medienwirksamen öffentlichen Aussagen von Regierungsvertretern zugunsten der DB-Gruppe (Abschn. 4.3.3).

4.3.1 Anstelle von Kapitalerhöhungen auf Ebene der DB AG zweckgebundene Unterstützung einzelner Gesellschaften der DB-Gruppe

333. In ihrem sechsten Sektorgutachten Bahn 2017 hat die Monopolkommission auf das Risiko verwiesen, dass Kapitalerhöhungen auf Ebene der DB AG als unerlaubte staatliche Beihilfe im Sinne von Art. 107 Abs. 1 AEUV zu qualifizieren sein können.[487] Zwar scheidet eine Qualifizierung als Beihilfe grundsätzlich aus, wenn die betreffende Kapitalmaßnahme auf Grund des Private Investor-Tests als Investition anzusehen ist, die sich durch die vom gesamten Bahnunternehmen erwirtschafteten Erträge voraussichtlich rentieren wird.[488] Im Fall einer Kapitalerhöhung, die zur Folge hat, dass die betreffenden Mittel in gemeinwirtschaftlich tätige Unternehmensteile weitergeleitet werden, kann eine solche Kapitalrendite allerdings nicht ohne Weiteres unterstellt werden.[489] Die DB AG hat die ihr aufgrund des Hauptversammlungsbeschlusses vom 22. März 2017 zugeflossenen Mittel in Höhe von EUR 1 Mrd. zur Finanzierung der Bahninfrastruktur an die DB Netz AG weitergeleitet.[490] Die DB Netz AG arbeitet bisher zwar profitabel, hat aber nach Art. 87e Abs. 4 GG mit dem Ausbau und Erhalt des Schienennetzes der Eisenbahnen des Bundes Daseinsvorsorgeaufgaben zu erfüllen.

334. Die Frage, ob der Private Investor-Test im Fall der Weiterleitung zugeflossener Mittel zur Finanzierung eines Eisenbahninfrastrukturbetreibers wie der DB Netz AG anwendbar ist, kann hier allerdings dahinstehen. Die öffentliche Finanzierung von Bahninfrastruktur stellt in der Regel auch unabhängig vom Private Investor-Test keine unzulässige Beihilfe dar, wenn, wie in Deutschland größtenteils gegeben, kein Wettbewerb zwischen mehreren Infrastrukturbetreibern besteht und die potenziellen Nutzer über einen gleichberechtigten und diskriminierungsfreien Zugang zu der Infrastruktur verfügen.[491] In einem solchen Fall wird die Infrastruktur grundsätzlich außerhalb eines normalen Marktgeschehens bereitgestellt, ohne dass dies mit Gefahren für den unverfälschten Wettbewerb einhergeht.[492]

335. Allerdings sind direkte Kapitalflüsse, die vom Staat zur Finanzierung der Bahninfrastruktur an die Holding eines Bahnunternehmens geleistet werden, regelmäßig als Beihilfen zu qualifizieren, wenn diese aufgrund einer entsprechenden Holdingentscheidung grundsätzlich auch in andere Unternehmensteile als den Infrastrukturbereich weitergeleitet werden können. Das muss schon deshalb gelten, weil es andernfalls nicht möglich wäre, die Finanzierung der Bahninfrastruktur von der Finanzierung anderer Unternehmensteile zu trennen und eine wettbewerbsverfälschende Quersubven-

---

[486] EuGH, Urteil vom 21. März 1990, C-142/87 Belgien/Kommission (Tubemeuse), ECLI:EU:C:1990:125, Rz. 29; Urteil vom 21. März 1991, C-305/89 Italien/Kommission (ALFA Romeo) ECLI:EU:C:1991:142, Rz. 18 und 19.

[487] Vgl. Monopolkommission, Sechstes Sektorgutachten Bahn (SG 76), a. a. O., Tz. 75, ff.

[488] EU-Kommission, Mitteilung über die Anwendung der Beihilfevorschriften auf Ausgleichszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABl. C 8 vom 11. Januar 2012, Tz. 66 ff.

[489] Vgl. die Voraussetzungen des Kriteriums eines marktwirtschaftlich handelnden Wirtschaftsbeteiligten in EU-Kommission, zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABL. C 262 vom 19. Juli 2016, S. 1, Tz. 74, wonach zu prüfen ist, „ob ein unter normalen Marktbedingungen handelnder privater Kapitalgeber von vergleichbarer Größe in ähnlicher Lage zu der fraglichen Investition hätte bewegt werden können.“ Aus Sicht der Monopolkommission könnte die gewährte Kapitalrendite der DB Netz AG überschätzt sein, vgl. Tz. 134, ff.

[490] Vgl. Tz. 136.

[491] EU-Kommission, Gemeinschaftliche Leitlinien für staatliche Beihilfen an Eisenbahnunternehmen, ABl. C 184 vom 22. Juli 2008, S. 13, Tz. 25; vgl. auch EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, ABl. C 262 vom 19. Juli 2016, S.1, Tz. 211 f., 219.

[492] Vgl. Art. 93 AEUV.

tionierung anderer Unternehmensteile auszuschließen, die im Wettbewerb mit privaten Unternehmen stehen.[493] Auch der Private Investor-Test gestattet es nicht, eine potenziell wettbewerbsverfälschende Quersubventionierung einer beihilferechtlichen Überprüfung nach Art. 107 AEUV zu entziehen.

336. In Fällen, in denen Dienste in einem Unternehmen wie der DB-Gruppe zusammengefasst sind, die zum Teil außerhalb des Wettbewerbs (Infrastruktur) und teilweise im Wettbewerb (Verkehrsunternehmen) erbracht werden, muss nach Art. 106 Abs. 2 AEUV insbesondere eine Beurteilung daraufhin möglich sein, ob ohne die Finanzierung der in der Gruppe zusammengefassten Dienste die Erfüllung der dem Unternehmen übertragenen besonderen Aufgaben gefährdet wäre.[494] Im Rahmen dieser Beurteilung dürfen allerdings nur solche Dienste zusammen betrachtet werden, die so eng zusammenhängen, dass eine Quersubventionierung mit anderen Bereichen es gerade ermöglicht, die gemeinwirtschaftlichen Dienste zu wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen zu erbringen.[495] Folglich muss einerseits überprüfbar sein, ob überhaupt zulässigerweise zusammen betrachtete Einzeldienste von der staatlichen Finanzierung profitieren, und andererseits, ob ein interner Ausgleich zur Finanzierung der Dienste in ihrer Gesamtheit tatsächlich erforderlich ist.

337. In Bezug auf die erste Frage, welche Dienste bei einer zusammenfassenden Betrachtung von der staatlichen Finanzierung profitieren dürfen, besteht zudem kein Einschätzungs- oder Gestaltungsspielraum. Das bedeutet, dass weder der deutsche Staat als Kapitalgeber noch die DB-Gruppe als Finanzierungsempfängerin sich auf einen solchen Spielraum berufen kann. Dem steht nicht entgegen, dass die DB-Gruppe als Unternehmen grundsätzlich frei darin ist, wie sie ihr Geschäft organisiert und welche Dienste sie in diesem Rahmen anbietet. Die Rechtsprechung des EuGH legt hinsichtlich der ersten Frage vielmehr eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit (Geeignetheit und Erforderlichkeit) nahe.[496] Ein gewisser Einschätzungsspielraum ist in der EuGH-Rechtsprechung lediglich hinsichtlich der zweiten Frage anerkannt, ob die in der Betrachtung zusammengefassten Dienste einen internen Ausgleich tatsächlich erfordern.[497]

338. Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen im Bereich des Personenlandverkehrs können dann als erforderlich angesehen werden, wenn die Ausgleichsleistung nicht den Betrag übersteigt, der notwendig ist, um die Nettokosten zu decken, die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursacht werden. Dabei ist den erzielten Einnahmen sowie einem angemessenen Gewinn Rechnung zu tragen.[498] Die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse gibt Hinweise für die Bestimmung der Höhe des angemessenen Gewinns.[499] Der angemessene Gewinn muss demzufolge den normalen Marktbedingungen entsprechen und sollte nicht über einem Ausgleich für das zur Erbringung der Dienstleistung eingegangene Risiko liegen.

---

[493] Ausnahmen kommen nach der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung in Betracht, wenn die Erbringung auferlegter Dienstleistungen unter wirtschaftlich ausgewogenen Bedingungen die Möglichkeit eines Ausgleichs zwischen den rentablen und den weniger rentablen Tätigkeitsbereichen, also einer Quersubventionierung, voraussetzt (= Verhinderung von Rosinenpicken); siehe EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533, ECLI:EU:C:1993:198, Rz. 17 und nachfolgend Tz. 336 ff.

[494] Vgl. EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533, ECLI:EU:C:1993:198, Rz. 17 ff.; Urteil vom 15. November 2007, C-162/06 – International Mail Spain SL, Slg. 2007, I-9911, ECLI:EU:C:2007:681, Rz. 34 f.

[495] EuGH, Urteil vom 19. Mai 1993, C-320/91 – Corbeau, Slg. 1993, I-2533, ECLI:EU:C:1993:198, Rz. 19; Urteil vom 25. Oktober 2001, C-475/99 – Ambulanz Glöckner, Slg. 2001, I-8089, ECLI:EU:C:2001:577, Rz. 59-61.

[496] Vgl. EuGH, *Corbeau*, wonach die Wettbewerbsregeln nach Art. 106 Abs. 2 AEUV nur im „erforderlichen" Umfang zurücktreten; außerdem Urteil vom 25. Oktober 2001, C-475/99 – Ambulanz Glöckner, 2001 I-8089, ECLI:EU:C:2001:577, Rz. 62; EuGH, Urteil vom 20. April 2010, C-265/08 – Federutility, Slg. 2010, 3377, ECLI:EU:C:2010:205, Rz. 33 ff.; Urteil vom 21. Dezember 2011, C-242/10 – Enel Produzione/AGCM, Slg. 2011, I-13665, ECLI:EU:C:2011:861, Rz. 55 ff. In diesen Fällen bestanden zum Teil harmonisierende EU-Regelungen; hierzu: EuGH, Urteil vom 20. April 2010, C-265/08 – Federutility, Slg. 2010, 3377, ECLI:EU:C:2010:205, Rz. 35 und 40.

[497] EuGH, Urteil vom 21. September 1999, C-67/96 – Albany, Slg. 1999, I-5751, ECLI:EU:C:1999:430, Rz. 119 f.; in dieselbe Richtung möglw. Urteil vom 23. Mai 2000, C-209/98 – Sydhavnens Sten & Grus, Slg. 2000, I-3743, ECLI:EU:C:2000:279, Rz. 77 ff., Rz. 79, 81.

[498] Verordnung 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 5, Erwägungsgrund 34 (dort allerdings zum staatlichen Ausgleich gegenüber dem Gesamtunternehmen, nicht zum internen Ausgleich einzelner Unternehmensteile).

[499] EU-Kommission, Mitteilung über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. C 92 vom 29. März 2014, S. 15.

339. Die in der Verordnung 1370/2007 enthaltenen Vorschriften bezüglich der Ausgleichsleistung lassen den zuständigen Behörden im Übrigen einen gewissen Spielraum, um Anreize für den Erbringer einer öffentlichen Dienstleistung zu schaffen. Dies bedeutet, dass die zuständigen Behörden durch den Ausgleichsmechanismus Anreize schaffen sollten, damit die Dienstleistungserbringer effizienter arbeiten und die Dienstleistung in dem geforderten Umfang und der geforderten Qualität mit möglichst geringen Ressourcen erbringen. Effizienzanreize sollten allerdings verhältnismäßig sein und innerhalb eines angemessenen Rahmens bleiben, wobei es die Schwierigkeiten bei der Erreichung der Effizienzziele zu berücksichtigen gilt. Dies kann beispielsweise durch eine ausgewogene Aufteilung des durch Effizienzsteigerungen erzielten Nutzens auf den Betreiber, die Behörden und/oder die Nutzer sichergestellt werden.

340. Schließlich dürfte in der Regel vorauszusetzen sein, dass getrennte Bücher geführt werden, Kosten und Einnahmen ordnungsgemäß zugewiesen werden, und die staatlichen Zuwendungen für die Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse nicht für andere Tätigkeiten verwendet werden können.[500] Diese aus Art. 107 AEUV abgeleiteten Pflichten werden im Bahnbereich durch spezielle Vorgaben zur organisatorischen und bilanziellen Trennung ergänzt, die im ERegG umgesetzt worden sind bzw. deren Umsetzung in nächster Zeit zu erwarten ist.[501]

341. Im Fall der Kapitalerhöhung des Jahres 2017 bestand indes schon keine rechtliche Verpflichtung für die DB AG, die vom Bund geleisteten EUR 1 Mrd. an die DB Netz AG weiterzuleiten. Es ist auch zu bezweifeln, dass der gesellschafts- und bilanzrechtliche Rechtsrahmen es überhaupt ermöglicht zu verhindern, dass die Kapitalerhöhung auf der Ebene der DB AG anderen Teilen der DB-Gruppe als den gemeinwirtschaftlich tätigen Gruppenteilen (insb. der DB Netz AG als konzernzugehöriger Infrastrukturbetreiberin) zugute kommen kann. Es ist aufgrund der öffentlich verfügbaren Informationen auch nicht möglich auszuschließen, dass die Ausgleichsleistung den Betrag übersteigt, der unter Berücksichtigung der erzielten Einnahmen sowie eines angemessenen Gewinns notwendig ist, um die Nettokosten zu decken, die durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursacht werden.

342. Die Monopolkommission empfiehlt dem Bund zur Minimierung des Risikos beihilferechtlich bedenklicher Quersubventionierungen, eine staatliche finanzielle Unterstützung in Zukunft grundsätzlich nur zweckgebunden unmittelbar den Teilen der DB-Gruppe zur Verfügung zu stellen, bei denen eine staatliche Unterstützung nach Art. 106 Abs. 2 AEUV von einer beihilferechtlichen Kontrolle nachweisbar freigestellt ist. Dies kann insbesondere bei solchen Unterstützungsmaßnahmen der Fall sein, die nach Verordnung 1370/2007 unter den dort bestimmten Bedingungen als zulässig anzusehen sind.[502]

4.3.2 Dividendenpolitik auf Ebene der DB AG weiterhin eng mit der Europäischen Kommission abstimmen

343. Dividenden sind die jährliche Gewinnausschüttung von Aktiengesellschaften an ihre Aktionäre. Dividenden sind somit für gewöhnlich der Anteil der Eigentümer am Gewinn ihres Unternehmens. Wird der Gewinn eines Unternehmens nicht als Dividende ausgezahlt, dann wird er ins Eigenkapital gebucht.[503] Verzichtet ein Alleineigentümer einer Aktiengesellschaft also darauf, sich den Gewinn als Dividende auszahlen zu lassen, so führt dies zu einer Eigenkapitalerhöhung. Das bedeutet, dass ein Dividendenverzicht für den Eigentümer einer Aktiengesellschaft finanziell denselben Effekt wie ein direkter Zuschuss hat. Der nicht ausgeschüttete Gewinn wäre einerseits wieder frei im Unternehmen einsetzbar und andererseits wird die Kreditwürdigkeit des Unternehmens verbessert.

---

[500] EU-Kommission, Bekanntmachung der Kommission zum Begriff der staatlichen Beihilfe im Sinne des Artikels 107 Absatz 1 AEUV, ABl. 2016 C 262 vom 19. Juli 2016, Tz. 188 (dort für Prüfung in Fällen eines rechtlichen Monopols).

[501] Siehe Art. 7 ff. RL 2012/34/EU in der Fassung der Richtlinie 2016/2370/EU zur Änderung der Richtlinie 2012/34/EU bezüglich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste und der Verwaltung der Eisenbahninfrastruktur, ABl. L 352 vom 23. Dezember 2016, S. 1; außerdem die in Fn. 60.

[502] Art. 2 lit. i i. V. m. Art. 3 ff. VO 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1 in der Fassung der Änderungsverordnung 2016/2338, ABl. L 354 vom 23. Dezember 2016, S. 22.

[503] Mit einem Teil des Gewinns wird jedoch die gesetzliche Rücklage gem. § 150 Abs. 1 und 2 AktG gebildet, die mindestens 10 Prozent des gezeichneten Kapitals entsprechen muss und in die solange 5 Prozent des Jahresüberschusses (vermindert um einen Verlustvortrag) eingezahlt werden muss, bis dieser Wert erreicht ist.

344. Zwar ist in der unionsgerichtlichen Rechtsprechung offen, wie ein Verzicht auf die Dividenden, die ein Staat als hundertprozentiger Anteilseigner beanspruchen kann, beihilferechtlich zu beurteilen ist. Damit ist ein beihilferechtlich relevanter Vorteil aber nicht ausgeschlossen. Bei einem marktwirtschaftlich handelnden Aktionär ist nämlich anzunehmen, dass dieser normalerweise ein Interesse an einer Dividende hat, die eine Vergütung für das gesamte übertragene Kapital enthält und nach den zuvor beschriebenen Grundsätzen ausgeschüttet wird. Dagegen ist nur unter außergewöhnlichen Umständen anzunehmen, dass ein Aktionär auf eine solche Dividende oder einen Teil davon verzichten würde.[504] Der Verzicht auf (einen Teil der) Dividende kann somit die im Beihilfenrecht geltende Definition eines Vorteils erfüllen, da er eine Befreiung von Belastungen darstellt, die das Unternehmen normalerweise zu tragen hätte.

345. Laut Satzung der DB AG wird die Dividende auf Vorschlag des Aufsichtsrates von der Hauptversammlung beschlossen.[505] Als Alleinaktionär kann der Bund somit die Dividende festlegen. Die DB AG zahlt dem Bund seit dem Jahr 2011 eine jährliche Dividende, die 2011 zwischen dem Bundesverkehrsminister und dem Vorsitzenden der DB AG verabredet und zunächst auf EUR 500 Mio. festgelegt wurde.[506] In der Praxis gibt es seitdem Verhandlungen zwischen Vorstand und Bund über die Höhe von (zusätzlichen) Dividenden. Nach den Veranschlagungen des Bundes in seiner mittelfristigen Finanzplanung sind für das Jahr 2015 Dividendenzahlungen der DB AG in Höhe von EUR 700 Mio. vorgesehen. Für die Jahre 2016 bis 2018 sind Dividenden in Höhe von EUR 350 Mio. pro Jahr berücksichtigt.

346. Für die Jahre 2015 bis 2019 wurden in der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II (LuFV II) zusätzliche Dividenden verankert. Nach § 2a LuFV II verpflichtet sich der Bund sodann, zusätzliche Dividendenzahlungen der DB AG wieder zur Durchführung von Ersatzinvestitionen in die Schienenwege einzusetzen.[507] Dies ist der sogenannte „Finanzierungskreislauf" („Schiene finanziert Schiene"). Dabei sollen laut der LuFV II die Gewinne der Eisenbahninfrastrukturunternehmen vollständig an den Bund ausgeschüttet und auch vollständig wieder in die Eisenbahninfrastruktur reinvestiert werden. Das Bundesministerium für Verkehr und digitale Infrastruktur und die DB AG befinden sich in Verhandlungen über eine neue Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung.[508] Auch die Dividendenzahlungen der DB AG an den Bund für die kommenden Jahre könnten darin erneut festgelegt werden, vgl. Abschn. 2.2.

347. Insgesamt wurden seit 2011 zwei Dividendenkürzungen vom Bund beschlossen. Diese fanden nach dem in Tz. 345 Ausgeführten auf der Ebene der DB AG und nicht auf der Ebene lediglich der Infrastrukturgesellschaften der DB-Gruppe statt. Für das Jahr 2014 erfolgte eine Dividendenkürzung in Höhe von 325 Mio. EUR, nachdem das Jahresergebnis der DB AG im Jahr 2013 aufgrund von Unwettern sehr niedrig ausgefallen war.[509] Zudem erfolgte nach dem Jahresergebnis von 2015 mit einem Verlust von 1,3 Mrd. EUR eine Dividendenkürzung von 350 Mio. EUR pro Jahr ab dem Jahr 2017 bis zum Jahr 2020. Dem entsprechend wurde ab dem Jahr 2017 nur noch die in der LuFV II festgelegte zusätzliche Dividende von EUR 600 Mio. gezahlt. Auch im Jahr 2018 wurde tatsächlich nur die zusätzliche Dividende von EUR 450 Mio. ausgeschüttet.

348. Zwar erscheint grundsätzlich denkbar, dass auch ein marktwirtschaftlich handelnder privater Kapitalgeber anstelle des Bundes in Anbetracht schlechter Jahresergebnisse auf Dividenden verzichtet hätte, um dadurch die finanziellen Spielräume der DB-Gruppe für eine Anpassung an die Marktverhältnisse zu vergrößern. Allerdings erscheint eine Vorausplanung von Dividendenausschüttungen über einen Zeitraum von fünf Jahren in absoluten Zahlen von vornherein nicht am Vorgehen eines privaten Kapitalgebers orientiert. Die dafür erforderliche Gewinnprognose ist in Anbetracht der geschäftlichen Risiken relativ unsicher. Eine vorab in absoluten Zahlen festgelegte Dividende nimmt dem Unternehmen auch die Möglichkeit, soweit damit der gesamte Gewinn ausgeschüttet wird, selbst mit einem Teil des Gewinns wichtige

---

504 EU-Kommission, Standpunkt der Kommission, Staatliche Kapitalzuführungen – Anwendung der Artikel 92 und 93 EG-Vertrag auf staatliche Holdinggesellschaften, Bulletin EG 9-1984, Abschnitt 3.3; vgl. dazu schon Monopolkommission, XX. Hauptgutachten, Tz. 2016.

505 Vgl. § 18 Satzung der Deutschen Bahn AG.

506 Süddeutsche Zeitung online, Eine halbe Milliarde für den Bund?, 10. Januar 2011, online verfügbar unter https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/deutsche-bahn-eine-halbe-milliarde-euro-fuer-den-bund-1.1044407.

507 Vgl. Abschn. 2.2.

508 Vgl. hierzu auch Tz. 45 ff. über die Verhandlungen zu einer neuen Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung.

509 Handelsblatt, Deutsche Bahn kürzt Dividende, 13. März 2014.

Investitionen vorzunehmen. Sollte sich ein privater Kapitalgeber auf eine Festlegung der Dividende auf fünf Jahre einlassen, weil dies für die langfristige Planung der DB-Gruppe unerlässlich ist, so wäre schließlich eine Festlegung der Ausschüttungsquote als relativer Anteil am Jahresgewinn möglich.

349. Der Verzicht des Bundes auf die Ausschüttung einer Dividende auf der Ebene der DB AG dürfte erneut auch nicht nach Art. 106 Abs. 2 AEUV einer beihilferechtlichen Kontrolle entzogen sein. Ebenso wenig kommt eine Rechtfertigung nach Art. 93 AEUV in Betracht. Die Vorschriften würden jeweils voraussetzen, dass die von der DB AG einbehaltenen Gelder allein zur Finanzierung von Dienstleistungen im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse (insb. des Betriebs der Bahninfrastruktur) eingesetzt werden. Auch in diesem Zusammenhang lässt sich allerdings ein Risiko von wettbewerbsverfälschenden Quersubventionierungen nicht ausschließen, da es keine rechtliche Verpflichtung der DB AG gibt, die einbehaltenen Gelder zu bestimmten Zwecken einzusetzen.

350. Die Monopolkommission hat infolgedessen Bedenken, dass der DB-Gruppe über die Dividendenpolitik des Bundes beihilferechtlich relevante Vorteile zufließen können. Diese Frage wäre jeweils mit Blick auf eine mögliche Notifizierungspflicht im Rahmen von Vorabkontakten mit der Europäischen Kommission zu prüfen. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Prüfung einerseits die ausgehandelten Dividendenzahlungen aus der LuFV III und andererseits eventuelle weitere Dividendenkürzungen in den Jahren 2020 bis 2025 umfassen.

4.3.3 Medienwirksame Unterstützungserklärungen zugunsten der DB-Gruppe im Zweifel unterlassen

351. Medienwirksame öffentliche Erklärungen eines Mitglieds der Regierung können für sich genommen einen beihilferechtlich relevanten Vorteil im Sinne des Art. 107 Abs. 1 AEUV darstellen, soweit diese eine Verbesserung der wirtschaftlichen Position des Unternehmens auf dem Markt und dessen Zugang zu Finanzen bewirken. Das gilt jedenfalls dann, wenn die öffentlichen Erklärungen geeignet sind, zumindest potenziell staatliche Mittel zu binden.[510]

352. Öffentliche Erklärungen eines Regierungsmitglieds haben insbesondere bei solchen Unternehmen das Potenzial, mit expliziten beihilferechtlichen Vorteilen einherzugehen, die schon über eine implizite Staatsgarantie wegen ihrer besonderen Bedeutung für die Volkswirtschaft verfügen. Das ist bei der DB-Gruppe der Fall.[511] Die implizite Garantie wirkt sich im Falle der DB AG insofern aus, als dass sich die Ratings der Ratingagenturen S&P und Moody's trotz Verlusten und der sich erhöhenden Verschuldung der DB AG nicht (weiter) verschlechtern. Beide Ratingagenturen verweisen ausdrücklich darauf, dass die Unterstützung des Bundes als positiver Umstand bewertet wird. Sollte sich dieser Umstand ändern, so würden beide Ratingagenturen die Bewertung der Kreditwürdigkeit der DB AG herabstufen.[512]

353. Durch medienwirksame politische Aussagen, nach denen der DB AG eine bestimmte Unterstützung zukommen soll, entsteht eine Erwartungshaltung im Markt, dass diesen Aussagen schon in Anbetracht der besonderen Bedeutung der DB AG für die Volkswirtschaft nachgekommen wird.

354. Die Monopolkommission weist darauf hin, dass somit auch medienwirksame politische Aussagen eine beihilferechtliche Notifizierungspflicht nach Art. 108 Abs. 3 AEUV auslösen können.[513] Sie empfiehlt, auf medienwirksame Ankündigungen von nicht notifizierten Maßnahmen zugunsten der DB-Gruppe grundsätzlich zu verzichten, wenn diese mit

---

[510] EuGH, Urteil vom 19. März 2013, C-399/10 P - Bouygues und Bouygues Télécom/Kommission u.a., ECLI:EU:C:2013:175, Rz. 27 und 106 ff.

[511] Siehe oben […] zu den Finanzierungskonditionen der DB FV AG (im Kapitel zu Trassenentgelten). Bei den Finanzierungskonditionen der DB FV AG auf diesen Teil verweisen!

[512] Vgl. negativer Ausblick von S&P, Deutsche Bahn AG, Integrierter Bericht 2015, S. 100; Herabstufung durch S&P im Juli 2016, Deutsche Bahn AG, Zwischenbericht Januar – Juni 2016, S. 19 f., 46; negativer Ausblick von Fitch, Fitch Revises Deutsche Bahn's Outlook to Negative; Affirms at 'AA', 30. November 2015, Reuters Online, 30. November 2015; Herabstufung von Fitch, Fitch downgrades Deutsche Bahn to AA-; Outlook stable, Reuter Online, 25. Oktober 2016; Moody's, Rating Action: Moody's affirms Deutsche Bahn's Aa1 ratings and downgrades BCA to a1; outlook stable, 28. September 2015, S. 4.

[513] Dies gilt vorbehaltlich gesetzlicher Befreiungen von der Notifizierungspflicht, z. B. nach Art. 9 Abs. 1 S. 2 VO 1370/2007.

finanziellen Verpflichtungen für den deutschen Staat einhergehen. Es ist klarzustellen, dass diese Empfehlung die Beachtung von gesetzlichen Transparenzpflichten unberührt lässt.[514]

[514] Siehe unter anderem Art. 7 VO 1370/2007.

Kapitel 5

Fazit und Handlungsempfehlungen

355. In dem vorliegenden Gutachten hat die Monopolkommission die Wettbewerbsentwicklung des Eisenbahnmarktes analysiert. Wettbewerbspolitische wie auch regulatorische Probleme, welche die Schieneninfrastruktur betreffen wurden ebenso aufgezeigt wie Probleme der Marktstrukturen und Wettbewerbshindernisse in den Schienenverkehrsmärkten des Personen- und Güterverkehrs. Auf Grundlage der durchgeführten Analyse ergeben sich zentrale Handlungsempfehlungen.

Infrastruktur- und Transportunternehmen der DB-Gruppe vertikal trennen

356. Nach Auffassung der Monopolkommission entstehen Wettbewerbshindernisse aus dem Organisationsmodell der DB-Gruppe. Aus ordnungspolitischen Erwägungen sollte eine eigentumsrechtliche, vertikale Trennung der Infrastruktur- von den Transportunternehmen der DB-Gruppe erfolgen. In diesem Zuge sollte der Bund alle in Wettbewerbsmärkten aktive Unternehmensteile veräußern.

Verbesserung von Anreizen zur Qualitätserhöhung erforderlich

357. Die DB Netz AG hat als natürliches Monopol im Vergleich zu einer hypothetischen Wettbewerbssituation geringere Anreize, die Qualität der Schieneninfrastruktur zu verbessern. Die Monopolkommission empfiehlt eine stärkere Anreizsetzung für mehr Qualität im Eisenbahnbereich. Zu den wesentlichen Qualitätskriterien, welche der Infrastrukturbetreiber beeinflussen kann, zählen die Erneuerung und Instandhaltung der Infrastruktur wie auch die Pünktlichkeit. Eine Stärkung beider Kriterien ist zudem relevant, um das System Schiene aus Sicht der Fahrgäste bzw. Kunden attraktiver zu gestalten und somit eine Erhöhung des Anteils der Schiene am gesamten Verkehrsaufkommen zu bewirken.

358. Aus Sicht der Monopolkommission setzt die Ausgestaltung der Leistungs- und Finanzierungsvereinbarung II (LuFV II) den Infrastrukturbetreibern des Bundes keine ausreichenden Anreize für qualitätsorientiertes und effizientes Handeln. Daher sollte im Hinblick auf die Nachfolgevereinbarung der LuFV II die pauschale Übertragung aller Finanzmittel an die Infrastrukturbetreiber zur eigenverantwortlichen Verwendung eingeschränkt werden. Ebenso sollte die Anreizsetzung zur Qualitätssteigerung über eine Konkretisierung, bzw. Ausweitung der Zielvereinbarungen effektiver gestaltet werden.

359. Die Pünktlichkeit im Schienenverkehr könnte verbessert werden, wenn jeder am Verkehr Beteiligte für die von ihm verursachten Störungen und den daraus entstehenden Kosten der Geschädigten in einem hohen Maße aufkommen würde. Bestehende Mechanismen zur Steigerung der Pünktlichkeit setzen in erster Linie den Eisenbahnverkehrsunternehmen Anreize. Zusätzliche Anreize für das Infrastrukturunternehmen sind notwendig.

- Um Transparenz zu schaffen, sollte die DB AG dazu verpflichtet werden, jede Unpünktlichkeit ab der im Fahrplan angegebenen Zeit statistisch zu dokumentieren und Dritten zur Verfügung zu stellen.
- Die Monopolkommission empfiehlt, dass Eisenbahnverkehrsunternehmen verpflichtet werden, die Probleme auf durchgeführten Fahrten und deren Ursachen aufzuzeichnen, sodass innerhalb der Laufzeit eines Verkehrsvertrages die Pünktlichkeitsanforderungen unter Einbeziehung der Aufgabenträger angepasst werden können.
- Eine regelmäßige Erfassung der ursachengerechten Zuordnung von Verspätungen auf die jeweiligen Marktakteure könnte auch dazu genutzt werden, die in den Verkehrsverträgen im SPNV vereinbarten Pünktlichkeitsziele entsprechend der potenziell von den Eisenbahnverkehrsunternehmen verschuldeten Verspätungen anzupassen, um diese nicht für vom Infrastrukturbetreiber verursachten Verspätungen haften zu lassen.
- Die Bundesnetzagentur sollte dem Infrastrukturbetreiber – unter Berücksichtigung aller von den Beteiligten bereit zu stellenden Informationen – ein Anreizsystem für die verpflichtend einzuführenden leistungsabhängigen Entgeltregelungen vorgeben.
- Die Anreizmechanismen im Schienenverkehr sollten aufeinander abgestimmt werden, damit diese in Kombination eine effiziente Anreizwirkung für eine höhere Pünktlichkeit bewirken können.

Potenziale der Anreizsetzung zur Effizienzsteigerung in der Entgeltregulierung ausschöpfen

360. Die Monopolkommission bewertet die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben des neuen Eisenbahnregulierungsgesetzes (ERegG) zur Anreizsetzung zur Kostensenkung in der Regulierung der Zugangsentgelte prinzipiell positiv. Die Anwendung einer Preisobergrenzenregulierung in Verbindung mit einer Ermittlung der Entgelte nach der Ramsey-Boiteux-Logik entspricht einer aus ökonomischer Sicht effizienten Vorgehensweise. Jedoch existieren einzelne regulatorische Aspekte, welche eine effektive Anreizsetzung zur Kostensenkung und eine effiziente Gestaltung der Zugangsentgelte unterminieren.

- Nach Auffassung der Monopolkommission stellt die der DB Netz AG gewährte und kalkulatorisch ermittelte Eigenkapitalverzinsung nicht auf deren tatsächliches Risiko ab. Dadurch kann es zu einer Überschätzung der Kapitalkosten kommen. Zwar ist eine kapitalmarktorientierte Ermittlung der Kapitalrendite zu befürworten, allerdings sollte sich diese stärker am tatsächlichen Risiko hypothetischer Investitionen in die DB Netz AG orientieren. Zudem sollte der Berechnung der Kapitalverzinsung eine wettbewerbsadäquate und nicht die tatsächliche Kapitalstruktur zugrunde gelegt werden. Diesbezüglich ist eine Vereinheitlichung der Vorgaben des ERegG mit denen des Energiesektors anzustreben, denen zufolge eine Eigenkapitalquote von maximal 40 Prozent als wettbewerbsadäquat zu erachten ist.

- Durch die Anerkennung der LuFV II als qualifizierte Regulierungsvereinbarung wurden alle der LuFV II zurechenbaren Kosten der DB Netz AG von der Anreizsetzung zur Kostensenkung ausgenommen. Damit geht ein großer Teil der Kosten der DB Netz AG ohne Anwendung von Effizienzkriterien in die Bemessung der Zugangsentgelte ein. Zur Erreichung wettbewerbsadäquater Zugangsentgelte, sollten Kostenpositionen der LuFV an den Kosten einer effizienten Leistungsbereitstellung (KeL-Maßstab) ausgerichtet werden.

- Im Rahmen der Preisobergrenzenregulierung sollte der Anreizpfad aus Inflationierung und Produktivitätsfortschritt auf den sektorspezifischen Produktivitätsfortschritt abstellen.

- Für den SPNV sind die Zugangsentgelte sowie deren Steigerungsrate im Sinne eines Fortschreibungspfads gesetzlich festgesetzt. Damit sind diese von der Preisbildung nach Ramsey-Boiteux ausgenommen. Für den Fall starker Kostensteigerungen sollte jedoch eine Flexibilisierung ermöglicht werden, die sich an den Preisreaktionen der Verkehrssegmente des SPFV und des SGV ausrichtet.

Intramodalen Wettbewerb stärken

361. Unabhängig von der gegenwärtigen Regulierung führt das System der Vollkostenanlastung zu hohen Zugangsentgelten, welche nach Auffassung der Monopolkommission einer wettbewerblichen Entwicklung insbesondere im eigenwirtschaftlich zu erbringenden SPFV entgegenstehen. Eine Absenkung der Zugangsentgelte auf die unmittelbaren Kosten des Zugbetriebs könnte dort einen wesentlichen Beitrag zur Schaffung effektiven Wettbewerbs leisten. Die dadurch fehlenden Mittel zur Finanzierung der Infrastruktur könnten zumindest teilweise über die zu erwartenden Mehrverkehre sowie selektive Preisaufschläge für Kapazitätsengpässe und Lärmemissionen kompensiert werden. Eine entsprechende Absenkung der Zugangsentgelte könnte im Rahmen von Neuverkehrsrabatten auch zeitlich begrenzt erfolgen.

362. Zur Herstellung einer schnelleren Rechtssicherheit befürwortet die Monopolkommission eine Verkürzung des Instanzenzugs bei Klagen gegen Beschlusskammerentscheidungen der Bundesnetzagentur.

363. Das gegenwärtige Verfahren zur Vergabe von Schienenwegkapazität durch die DB Netz AG birgt Diskriminierungspotenziale. Insgesamt sollte der Prozess der Trassenkonstruktion und -vergabe transparenter gestaltet werden. Auch sollten nicht ins Netz eingebundene Verkehre bei Konflikten hinsichtlich der Trassenanmeldung keine generelle nachrangige Behandlung erfahren, da so insbesondere Neuanbieter im SPFV behindert werden. Auch sollte es wieder ermöglicht werden, Trassen für einen längeren Zeitraum als eine Netzfahrplanperiode abzusichern. Die von der DB Netz AG als Alternative zu den abgeschafften Rahmenverträgen angedachte Fahrplankonzeptwoche besitzt in dieser Hinsicht keine Verbindlichkeit.

364. Ein diskriminierungsfreier und effektiver Zugang zu Zugmaterial ist eine essenzielle Voraussetzung für die Schaffung von Wettbewerb im SPFV. Nach Ansicht der Monopolkommission sollte dazu eine Etablierung von Leasingmodellen

angestrebt werden. Dabei wäre ein Modell zu bevorzugen, bei dem die Fahrzeugbeschaffung, bzw. -finanzierung und der Verkehrsbetrieb getrennt und auf privatwirtschaftlicher Basis erfolgen. Keinesfalls sollte dies jedoch unter staatlicher Finanzierungsbeteiligung geschehen.

Ordnungspolitische Planungen für den Deutschland-Takt vorantreiben

365. Nach Auffassung der Monopolkommission sollten bei der Entwicklung des Deutschland-Takts ordnungspolitische Aspekte einschließlich der Konsequenzen für die rechtliche Ausgestaltung der technischen Konzeption nicht nachgestellt werden. Die Vergabe eines vorkonzipierten Trassenangebots ist mit dem gegenwärtigen Open-Access-Marktmodell im SPFV und SGV nicht vereinbar, wodurch die Einführung des Deutschland-Takts regulierungsrechtliche Änderungen erforderlich macht.

- Würde die Zuweisung der vorkonzipierten Trassen des Deutschland-Takts für den Fernverkehr durch eine Aufgabenträgerstelle auf Bundesebene durchgeführt, wäre ein Konzessionsmodell nach Schweizer Vorbild gegenüber öffentlichen Aufträgen zu bevorzugen. Dabei schafft eine lange Konzessionslaufzeit zwar Sicherheit in Bezug auf die bedienten Trassen, dies darf allerdings nicht das Setzen von hinreichenden Qualitäts- und Effizienzanreizen außer Acht lassen.
- Die eigenwirtschaftliche Bedienung der vorkonzipierten Verkehrsleistung sollte über die Vergabe von Netzen, bzw. Streckenbündeln, gewährleistet werden. So könnte eine möglichst wettbewerbliche Ausgestaltung erzielt werden, da auch für Neuanbieter bestehende Hürden für einen Eintritt in den Fernverkehrsmarkt abgebaut würden.
- Eine stufenweise Umsetzung des Deutschland-Takts über die Ausrichtung von Fahrplänen am Zielfahrplan des Deutschland-Takts darf Wettbewerber nicht ausschließen.

Tarif- und Vertriebssysteme reformieren

366. Der Markt für den Vertrieb von Bahnfahrkarten hat sich in den vergangenen Jahren weiterentwickelt. Potenzielle Wettbewerbsprobleme bestehen allerdings in dem wachsenden Online-Vertriebsmarkt.

- Die DB AG eröffnete nur ausgewählten Unternehmen die Möglichkeit, DB-Fahrscheine, insbesondere Fernverkehrsfahrscheine der DB AG zu vertreiben. Die sich derzeit entwickelnden Schnittstellenlösungen, über welche zukünftig diverse Informationen diskriminierungsfrei bereitgestellt werden könnten und die somit zu einem höheren Plattformwettbewerb für Online-Vertriebsdienstleistungen führen könnten, sind weiterhin zu beobachten.
- Es ist nicht auszuschließen, dass die DB AG ihre marktbeherrschende Stellung gegenüber Drittanbietern im Online-Vertriebsmarkt missbräuchlich ausnutzt. Die Monopolkommission empfiehlt eine kartellrechtliche Überprüfung der Vereinbarungen der DB AG mit Vertriebsplattformen für Verkehrsleistungen.

367. Weiterer Reformbedarf besteht hinsichtlich gemeinsamer Tarife der Eisenbahnverkehrsunternehmen bzw. entsprechender Kooperationen.

- Die Entwicklung des Deutschland-Tarifverbundes sollte nach Auffassung der Monopolkommission weiter vorangetrieben werden. Dabei sollten alle Beteiligten faire Mitspracheregelungen erhalten. Zudem sollten über den Verbund Verzerrungen bei Vereinbarungen von SPNV-Eisenbahnverkehrsunternehmen mit SPFV-Unternehmen wie auch Verzerrungen bei der Einnahmenaufteilung verhindert werden.
- Die Monopolkommission empfiehlt eine Überprüfung der Mitwirkungspflicht aus § 12 Abs. 1 AEG der SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen. Für Kooperationen zwischen SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen ist keine kartellrechtliche Ausnahme vorzusehen. Das Bundeskartellamt und gegebenenfalls die Bundesnetzagentur sollten mögliche Kooperationen der SPFV-Eisenbahnverkehrsunternehmen weiterhin evaluieren.

Markttransparenz schaffen

368. Durch Digitalisierungsprozesse können auch im Eisenbahnsektor mehr Informationen erhoben sowie ausgewertet werden, wodurch eine Verbesserung der Leistungen zu erwarten ist.

- Informationsvorteile des vertikal integrierten marktbeherrschenden Unternehmens gegenüber den nichtbundeseigenen Eisenbahnverkehrsunternehmen können zu Wettbewerbsverzerrungen führen. Zur Verhinderung dieser empfiehlt die Monopolkommission die Schaffung eines Datenzugangs für alle beteiligten Unternehmen.
- Die Monopolkommission empfiehlt, dass ein neutraler Akteur Informationen nach ihrer Relevanz für Wettbewerb und Markttransparenz kategorisiert und der Datenzugang demgemäß angepasst werden kann. Es bietet sich an, dass diese Aufgabe von der Bundesnetzagentur wahrgenommen wird.
- Die Monopolkommission befürwortet eine dynamische Weiterentwicklung der öffentlichen Bereitstellung von intermodalen Mobilitätsdaten, um den Verkehrsträger Schiene und den Mobilitätssektor allgemein zu fördern.

Einhaltung beihilferechtlicher Vorgaben gewährleisten

369. Soweit der Bund und die Länder den Bahnbetrieb mit staatlichen Mitteln finanzieren, sind außerdem das grundsätzliche Beihilfeverbot des Art. 107 Abs. 1 AEUV und die Notifizierungspflicht für Beihilfen nach Art. 108 Abs. 3 AEUV zu beachten. Zur Verminderung der beihilferechtlichen Risiken macht die Monopolkommission folgende Empfehlungen:

- Der Bund sollte staatliche finanzielle Unterstützungen nur zweckgebunden unmittelbar an die Teile der DB-Gruppe leisten, bei denen sie nach Art. 106 Abs. 2 AEUV von einer beihilferechtlichen Kontrolle nachweisbar freigestellt sind.
- Die Dividendenpolitik des Bundes sollte mit Blick auf eine mögliche Notifizierungspflicht stets im Rahmen von Vorabkontakten mit der Europäischen Kommission abgestimmt werden. Aus Sicht der Monopolkommission sollte die Prüfung insbesondere die ausgehandelten Dividendenzahlungen aus der LuFV III und eventuelle weitere Dividendenkürzungen in den Jahren 2020 bis 2025 umfassen.
- Regierungsmitglieder sollten auf medienwirksame Ankündigungen von nicht notifizierten Maßnahmen zugunsten der DB-Gruppe grundsätzlich verzichten, wenn diese mit finanziellen Verpflichtungen für den deutschen Staat einhergehen.

Missbrauchspotenziale verringern

370. Die Regulierung des Bahnsektors wird durch das Wettbewerbsrecht ergänzt. In Fällen, in denen trotz Regulierung unternehmerische Freiräume bestehen, kann es somit zu einer wettbewerbsrechtlichen Haftung kommen. Die DB-Gruppe ist ein vertikal integriertes Unternehmen und als Infrastrukturbetreiber, als Eisenbahnverkehrsunternehmen im SPFV, auf den Strecken des SPNV, für die sie den Zuschlag erhalten hat, sowie im Fahrkartenvertrieb marktbeherrschend. Diese Marktstellung kann sie grundsätzlich zu Marktmachtmissbräuchen nach Art. 102 AEUV (und gegebenenfalls § 19 GWB) ausnutzen, etwa in der folgenden Weise:

- Als Betreiberin von Schienenwegen hat sie durch die Festsetzung des Ausgangsniveaus der Gesamtkosten finanzielle Spielräume bei der vorgelagerten Infrastruktur, die sie zur Behinderung konkurrierender Eisenbahnverkehrsunternehmen auf dem nachgelagerten Transportmarkt nutzen kann; daneben kann sie andere Eisenbahnverkehrsunternehmen auch durch eine uneinheitliche Zuweisung von Zugtrassen und durch eine unausgewogene Zuordnung von Verspätungsminuten auf die jeweiligen Verursacher behindern;
- Als integriertes Eisenbahnunternehmen mit Informationsvorteilen kann sie die Risiken einer unzureichenden Infrastruktur oder sonstige Risiken ganz oder teilweise auf die von einer Unpünktlichkeit nachteilig betroffenen Wettbewerber, auf die Aufgabenträger und auf die Fahrgäste verlagern, ohne die erfolgreiche Geltendmachung von Schadenersatz- oder Entschädigungsansprüchen fürchten zu müssen; damit würde sie ihre Leistungen im Zweifel auch zu unangemessenen Konditionen bereitstellen;

- Als Betreiberin des Onlineportals „bahn.de“ und der Navigator-App kann sie andere Anbieter von Informations- und Buchungsportalen durch die Verweigerung des Zugangs zu von ihr selbst genutzten Fahrgastinformationen diskriminieren und Kooperationen unter unangemessenen Konditionen eingehen; außerdem kann sie andere Eisenbahnverkehrsunternehmen dadurch benachteiligen, dass deren Angebote im Vergleich zu ihrem eigenen systematisch weniger attraktiv dargestellt werden.

371. In Anbetracht der vielfältigen Möglichkeiten von Wettbewerbsverstößen sind an die wettbewerbsrechtliche Compliance aufseiten der DB-Gruppe und des Bundes als ihres Eigentümers grundsätzlich hohe Anforderungen zu stellen. Darüber hinaus bestätigen die Möglichkeiten zu Wettbewerbsverstößen die Notwendigkeit, die regulierungsrechtlichen Empfehlungen dieses Gutachtens umfassend umzusetzen.

Satz: Satzweiss.com Print, Web, Software GmbH, Mainzer Straße 116, 66121 Saarbrücken, www.satzweiss.com
Druck: Printsystem GmbH, Schafwäsche 1-3, 71296 Heimsheim, www.printsystem.de
Vertrieb: Bundesanzeiger Verlag GmbH, Postfach 10 05 34, 50445 Köln, Telefon (02 21) 97 66 83 40, Fax (02 21) 97 66 83 44, www.betrifft-gesetze.de
ISSN 0722-8333